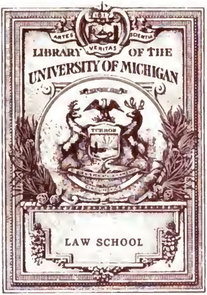
ed by Google

K1 .R33115



UCHHAUS
ERMANN BAHR

FL2
A677
stor
6511?

Digitized by Google

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

Begründet durch **Dr. GOLTDAMMER.**

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. **Bar**, Göttingen, **Bergmann**, Oberlandesgerichtsrat, Geh. Justizrat, Celle, Prof. Dr. **Birkmeyer**, München, Prof. Dr. v. **Calker**, Straßburg i. E.,

Dr. **Dorner**, Landgerichtspräsident, Karlsruhe, Prof. Dr. **Finger**, Halle, Prof. Dr. **Gretener**, Breslau, Prof. Dr. **Güterbock**, Königsberg i. Pr.,

Prof. Dr. **Heilborn**, Breslau, Dr. **Hübsch**, Ministerialdirektor, Karlsruhe, Prof. D. Dr. **Kahl**, Berlin, **Luigi Lucchini**, Rom,

Prof. Dr. **Oetker**, Würzburg, **Olbricht**, Erster Staatsanwalt, Lüneburg, Dr. **Olshausen**, Senatspräsident am Reichsgericht, Leipzig, Prof. **Le Poittevin**, Paris,

Rotering, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, Prof. **Saleilles**, Paris, **Spangenberg**, Oberverwaltungsgerichtsrat, Berlin, **Stubenrauch**, Kammergerichtsrat, Berlin, Prof. Dr. **Vierhaus**, Oberlandesgerichts-Präsident, Breslau,

Dr. **Vogt**, Staatsanwalt, Colmar, Prof. Dr. **Wach**, Leipzig, Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock, Prof. Dr. **Weiffenbach**, Senatspräsident beim Reichs-Militärgericht, Berlin,

unter ständiger Mitarbeiterschaft

von

Dr. **Zweigert**, Oberreichsanwalt, Leipzig, Prof. Dr. **James Goldschmidt**, Berlin, Dr. **Klee**, Staatsanwalt, Privatdozent, Berlin,

herausgegeben von

Prof. Dr. **J. KOHLER**,
Geheim. Justizrat,
Berlin.

55. Jahrgang.

BERLIN 1908.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichnis.

A. Abhandlungen.

118245

B. Miszellen.

C. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

D. Aus der Praxis.

Übersicht über die Stellen in deutschen Gesetzen, Verordnungen usw., auf die sich die mitgeteilten Entscheidungen des Reichsgerichts, des bayerischen Obersten Landesgerichts und der Oberlandesgerichte beziehen.

(Die Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts sind mit „Bayr. Ob. LG.", die des Kammergerichts mit „KG.", die der anderen Oberlandesgerichte mit dem Sitze des Gerichts bezeichnet. Alle übrigen Entscheidungen sind Entscheidungen des Reichsgerichts.)

I. Deutsches Reich.

1. Strafgesetzbuch.

E. Literatur.

(Nach dem Namen der Verfasser der besprochenen Schriften alphabetisch geordnet.)

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

Digitized by Google

Anstiftung und Agent provocateur.

Von Josef Kohler.

§ 1.

Die Lehre von der Anstiftung hat in letzter Zeit verschiedene Bearbeitungen gefunden, keine gründlichere als die von Bar in dem II. Teil seines großen Werkes über Gesetz und Schuld. Er hat sich hier eingehend mit meiner Theorie (Strafrechtliche Studien I, S. 106 f.) auseinandergesetzt und sie, allerdings mit vielem Wohlwollen, bekämpft. Auch von anderer Seite ist darüber verschiedenes geäußert worden, und namentlich ist die Frage über den Agent provocateur neuerdings mehrfach behandelt worden.

Am leichtesten wird mir die Antwort bezüglich derer, welche, wie Katzenstein, Z. f. St. R. 21, S. 374 ff., erklären, daß meine Aufstellung prinzipiell die vernünftigste sei und zu den besten Ergebnissen führe, jedoch annehmen, daß sie nicht auf dem Boden des Gesetzes stehe und mit dem § 48 und 50 R.-St.-G.-B. nicht zu vereinbaren sei. Diese letztere Aufstellung hat v. Bar noch in der Art erweitert, daß er behauptete, meine Auffassung stehe nicht nur mit dem Gesetze, sondern auch mit der ganzen bisherigen Rechtsentwicklung im Widerspruch.

Das letztere nun ist unter allen Umständen unrichtig. Wenn sich v. Bar namentlich auf Bartolus und die übrigen Postglossatoren beruft, so muß ich entgegenhalten, daß seine ganze Ausführung nicht nur einseitig, sondern unrichtig ist. Allerdings spricht Bartolus zu fr. 17 § *2 de injur.* von der Frage, ob der *mandans* die Tat *vere* begehe oder nur *interpretative*, und kommt sodann zum Ergebnis, daß er dann die Tat *vere* begehe, wenn der Täter nicht anders könne oder wenn er gesetzlich an den Auftrag gebunden sei; könne aber der Täter anders, so sei die Tat nicht *vere*, sondern nur *interpretative* eine Tat des *mandans*. Daraus wird dann geschlossen, daß bei der Anklage, wo Ort und Zeit bezeichnet werden muß, nicht Ort und Zeit des *mandatum*, sondern Ort und Zeit der Tat anzugeben sei, und zu *fr.* 11 § 3 *eod.* sagt der Begründer des modernen Strafrechts ebenfalls nichts weiter, als daß die Verhaftung des *mandans* nicht aus dem Mandat, sondern aus dem nachträglichen Delikt hervorgehe: der Mandant hafte nicht *ex mandato*, sondern *propter mandatum;* und gar nichts anderes meint auch Angelus Aretinus *Et Sempronium* No. 18. Mit derartigen Bemerkungen ist nicht viel auszurichten, denn auch wir nehmen natürlich an, daß nicht der Auftrag allein, sondern die kraft des Auftrages erfolgte Tat maßgebend ist. Von Bedeutung sind allerdings die Aussprüche der Postglossatoren, welche sich auf die Frage beziehen, ob der Anstifter für die persönlichen

Qualifikationen der Tat dann hafte, wenn sie in seiner Person, oder dann, wenn sie in der Person des Täters eintreten. In dieser Beziehung aber habe ich bereits im Archiv für Strafrecht Band 51, S. 170 ff. die Ansichten der Hauptglossatoren wiedergegeben, woraus zu entnehmen ist, daß allerdings Bartolus die irrige Ansicht aufstellte, aber von Baldus streng bekämpft wurde.

Die Behauptung aber, daß unsere Anschauung von der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft früher nicht vertreten gewesen sei, bedarf keiner Widerlegung; denn es genügt ein Einblick in eine Reihe der deutschen Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts, um sich davon zu überzeugen, wie sehr die Lehre von der intellektuellen Urheberschaft herrschte. Dies ist schon von andern so deutlich dargelegt worden, daß es einer Wiederholung nicht bedarf.

Die Behauptung endlich, daß unsere Anschauung von der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft mit unserem Gesetze unvereinbar sei, muß zurückgewiesen werden. Sie beruht darauf, daß man im Strafrecht sich durchaus nicht die Freiheit der Auslegung nimmt, wie im bürgerlichen Recht. Wo käme es vor, daß man im bürgerlichen Rechte gegenüber einer von der Vernunft geforderten Ansicht sich auf die Stellung der Lehre im Gesetzbuch beriefe, daß man auf die Überschrift eines Abschnittes und die gesetzliche Reihenfolge einen solchen bestimmenden Wert legte, als wäre es Sache des Gesetzes, die systematische Ordnung zu geben, und nicht Sache der Wissenschaft. Das Gesetz bestimmt die Reihenfolge nicht nach wissenschaftlichen, sondern nach praktischen Grundsätzen und faßt häufig verschiedenfaches zusammen, um nicht das Material allzu sehr zu zersplittern; und auch wenn der Gesetzgeber in der systematischen Stellung wirkliche Irrtümer hegt, so sind diese für uns nicht bindend.

Aus dem Wortlaut des § 48 läßt sich aber durchaus nichts gegen die Lehre von der intellektuellen Urheberschaft ableiten, denn wenn das Gesetz erklärt, der Anstifter sei mit der Strafe zu belegen, welche die angestiftete Handlung treffe, warum sollte das nicht so ausgelegt werden können, der Anstifter sei mit der Strafe zu belegen, die ihm zukäme, wenn er selbst der Täter der angestifteten Handlung wäre? Daß aber § 50 die wichtigste Frage der persönlichen Qualifikationen — ob nach Person des Täters oder nach der Person des Anstifters — in unserem Sinne entscheidet, kann doch gewiß nicht gegen uns ausgelegt werden. Daß der Paragraph in unserem Sinne unnötig wäre, das könnte nur dann als richtig gelten, wenn das Gesetz bloß systematische, nicht auch praktische Momente zu berücksichtigen hätte; wo aber eine so viel bestrittene praktische Frage vorliegt und zwar eine solche, die von den Vertretern der verschiedenen Standpunkte verschieden beantwortet wurde, war es eine Wohltat, darüber eine gesetzliche Entscheidung zu haben. Wir können vielmehr sagen: die Bestimmung des § 50 ist ein Symptom dafür, daß unsere Annahme richtig ist.[1])

[1]) Die Darstellung von Binding in seinem Grundriß und im Gerichtssaal (Bd. 71 S. 1 f.) kann unberücksichtigt bleiben, da, was sie richtiges enthält, von mir längst vorher gesagt worden ist, und sie anderseits matt genug ist, um vor einer wörtlichen Auslegung des § 48 Halt zu machen, und mich deswegen bekämpft, weil ich für die strafrechtliche Auslegung die gleiche Freiheit beansprucht habe, an die man längst im Zivilrecht gewöhnt ist!

Digitized by Google

§ 2.

Der Anstifter als intellektueller Urheber steht dem mittelbaren Täter gleich, das heißt dem, welcher sich eines leblosen oder lebendigen Werkzeuges bedient, z. B. eines Tieres, eines Wahnsinnigen oder eines irrenden Menschen, der auftragsgemäß handelt, ohne den verbrecherischen Erfolg zu kennen.

Man hat gegen die Gleichstellung von Anstifter und mittelbarem Täter insbesondere geltend gemacht, daß bei der mittelbaren Täterschaft die entscheidende Persönlichkeit so ziemlich sicher auf das Wirken des vermittelnden leblosen oder lebendigen Werkzeuges zählen könne, während der Anstifter immer damit zu rechnen habe, daß der Angestiftete möglicherweise sich nicht bestimmen läßt, und auch, wenn er den Entschluß faßte, von diesem nachträglich wieder abgeht. Der Anstifter begebe sich also auf ein viel zweifelhafteres Gebiet als der Täter.

Dieses ist aber zunächst nur in sehr beschränktem Maße richtig; denn auch bei der mittelbaren Täterschaft hängt sehr viel von Zufälligkeiten ab, und insbesondere wenn man sich eines Wahnsinnigen bedient, wird in vielen Fällen der Erfolg sehr unsicher sein: der Wahnsinnige ist möglicherweise noch unbeständiger in seinen Beschlüssen und noch viel mannigfaltiger in seinen augenblicklichen Regungen als der Geistesgesunde; und insbesondere muß hierbei berücksichtigt werden, daß als Wahnsinniger nicht nur derjenige in Betracht kommt, bei dem alles geistig drunter und drüber geht, sondern auch ein jeder, der sonst leidlich vernünftig handelt, aber in Bezug auf die bestimmte Tat sich in einer solchen Geistesverfassung befindet, daß er strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann: das kann einer sein, der nach gewissen Richtungen hin sich vollkommen wie ein Vernünftiger gebärdet und der also beispielsweise gerade nach der realen Seite hin einem Vernünftigen gleich handelt. Worin soll hier der Unterschied bestehen?

Aber auch wenn man annehmen wollte, daß bei der Wechselhaftigkeit der menschlichen Seele eine größere Unsicherheit entsteht, so wäre dieses doch kein Grund einer prinzipiell anderen Behandlungsweise, insbesondere kein Grund dafür, den intellektuellen Urheber nicht als intellektuellen Urheber zu betrachten, sondern ihn als akzessorisch Verantwortlichen mit dem Täter zusammen zu schweißen, dessen Schuldmomente doch ganz andere sind und dessen Verantwortlichkeitsstellung auf ganz anderer sittlicher und seelischer Grundlage beruht. Zwei Personen verschiedener seelischer Beschaffenheit im Strafrecht einander zu vergleichheitlichen ist eine Verkehrtheit und gegen alle Grundsätze der Gerechtigkeit: jeder Täter hat dafür zu büßen, was *er* verbrochen hat, und wenn eine Gemeinhaftung wie die vorliegende auch nicht mehr so anstößig wäre wie etwa die Haftung eines Familienmitgliedes für die Tat des andern, so verstößt auch sie im höchsten Grade gegen unsere Begriffe von der Individualisierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

Man hat zwischen beiden Dingen auch noch folgende wichtige Grenzpfähle einzuschlagen versucht. Man sagte, eine mittelbare Täterschaft, bei welcher die Einwirkung auf die Mittelperson versagt, sei regelmäßig als Versuch zu behandeln, was nicht der Fall sei, wenn es sich um eine erfolglose Anstiftung handle. Das ist aber nur teilweise richtig. Allerdings ist die Möglichkeit gegeben, daß eine Einwirkung auf die Mittelsperson einen Versuch darstellt, so namentlich, wenn die Mittelsperson ohne weiteres dem Opfer gegenübersteht, so daß sich in dieser Einwirkung

Digitized by Google

nicht nur die Absicht kundgibt, sondern auch die zur Ausführung nötige Energie zu Tage tritt. Ebenso wie es Körperverletzungsversuch sein kann, wenn man einen Hund auf einen Menschen hetzt, damit er ihn beschädige, ebenso ist ein Köperverletzungsversuch möglich, wenn man einen Wahnsinnigen auf ein Opfer treibt, das vor ihm steht und durch die gereizte Unvernunft in große Gefahr kommt. Indeß auch bei der Anstiftung wäre dieses nicht ausgeschlossen: man denke sich den Fall, daß man das Opfer vor sich hätte und eine Mittelsperson, welche nicht unvernünftig, aber leidenschaftlich stürmisch handelt und in große Raserei gebracht werden kann, auf das Opfer jagte. In solchem Fall läge nicht bloß erfolglose Anstiftung, sondern auch Versuch der Tat vor: es kommt eben immer auf die begleitenden Umstände an.

Gewöhnlich aber wird weder in der Bearbeitung eines Unvernünftigen, noch in der Bearbeitung eines vernünftigen Mittelmannes ein Versuch zu erblicken sein. Es handelt sich hier vielmehr regelmäßig um ein Analogon des Falles, daß man ein lebloses Werkzeug zurichtet, eine Waffe zurecht legt oder ein Selbstgeschoß instand setzt, — Dinge, welche, so gefährlich sie sind, doch, abgesehen von besonderen Umständen, als bloße Vorbereitungshandlungen erscheinen und straflos bleiben.

Auch in dieser Beziehung ist ein durchgreifender Unterschied nicht zu erblicken: man kann etwa höchstens gemäß dem obigen zur Geltung bringen, daß man einen Unvernünftigen mehr in der Gewalt habe als einen Vernünftigen, und daß deswegen ein Versuch in dem einen Fall leichter anzunehmen sei als im anderen. Aber das ist immer nur ein tatsächlicher Unterschied: denn auch sonst herrscht unter den Hilfsmitteln des Verbrechens eine große Abstufung in der Gefährlichkeit, und ist die Wirkung mehr oder weniger sicher; welche Umstände natürlich in Betracht gezogen werden müssen, wenn es sich um die Beurteilung der Frage handelt, ob ein Versuch oder bloß eine Vorbereitungshandlung vorliege — das sind eben Umstände wie viele andere, die in die Beurteilung dieser heikeln Frage hineinspielen.

§ 3.

Ganz besonders tritt die Anstiftungstheorie zutage in der Lehre von dem sogenannten Agent provocateur,[2]) und gerade hier wird die Theorie auf die praktische Spitze getrieben. Aber eben hier zeigt es sich, daß nur unsere Lehre zu erträglichen Ergebnissen führt.

Zunächst folgendes: Es ist gewiß nicht lobenswert, sich ohne Not eines solchen Hilfsmittels wie eines Agent provocateur zu bedienen; allein keine Kriminalpolizei der Erde kann, wenigstens in unseren verwickelten Verhältnissen, dieses Hilfsmittels entbehren. Es verhält sich hier, wie mit dem Kronzeugnis und anderen Dingen. Die Sicherheit der Gesellschaft und die Vermeidung unsäglichen Unheils nötigt uns ebenso derartige Kriegslisten ab, wie kein moderner Staat der Spionage entbehren kann. Alle Deklamationen hiergegen sind Deklamationen, die ein jeder von selbst an sich vorbeigehen ließe, wenn er einmal als Kriminalbeamter in solche Lage gestellt wäre und es etwa zu verhüten hätte, daß eine ganze Versammlung in die Luft gesprengt würde, oder daß fortgesetzte Münzfälschungen das Geldwesen in der entsetzlichsten Weise schädigten. Hiergegen helfen alle Redefiguren nichts.

[2]) Vollständig verfehlt ist Heilborn, „Der Agent provocateur" (Berlin 1901). Viel richtiger Singewald, „Der Agent provocateur", namentlich S. 98 f.

Eine Rechtsgestaltung aber, welche den Agent provocateur ohne weiteres als Anstifter strafbar macht und daher der Kriminalpolizei dieses oft einzige Mittel entzieht, zeigt sich von selbst als verkehrt und unbrauchbar. Man hat darum auch mannigfach zu vermitteln gesucht und insbesondere in Fällen, wo sonst die Anstiftung keinem Zweifel unterläge, sie beim Agent provocateur verneint, z. B. wenn jemand von einem, der als Falschmünzer im Verdacht ist, Geld bestellt, oder von einem, der widerrechtlich Ware verkauft, eine solche Ware zu kaufen unternimmt: man hat gesagt, hier läge bloß das Verschaffen einer Gelegenheit vor, keine Anstiftung. Das ist nun an sich nicht richtig, und um so weniger wäre es richtig, wenn wir uns denken, daß etwa der Detektiv dem Münzfälscher, der nicht gleich mit der Sache heraus wollte, noch besonders freundliche suggestive Worte gäbe.

Auf diese Weise läßt sich der Begriff der Anstiftung nicht heruntermarkten, um ihn da zu beseitigen, wo man ihn nicht brauchen möchte. Ganz ähnlich hat man ein bloßes Gelegenheitsmachen, keine Anstiftung angenommen, wenn man etwa eine zu stehlende Sache dem Dieb bereit legt, oder wenn man an eine fingierte Vertrauensperson einen Geldbrief aufgibt, um den untreuen Postbeamten zu entlarven. Solche Aufstellungen versucht Heilborn S. 73 und auch v. Bar S. 646 f. Es ist aber völlig unrichtig, mit v. Bar zu sagen, daß, wenn eine Person gewerbs- und gewohnheitsmäßig handelt, sie ohnehin entschlossen sei, die fragliche Handlung immer wieder zu begehen, sobald sich Gelegenheit dazu bieten möge, so daß also in dem Herbeiführen der Gelegenheit keine Anstiftung liegen könne: denn der strafrechtliche Entschluß muß immer verbesondert sein, und eine solche Verbesonderung setzt voraus, daß im einzelnen Falle ein Anstoß gegeben wird; wobei der Täter dann immer wieder von Fall zu Fall entscheiden kann, ob das Geschäft sicher und vorteilhaft genug ist oder nicht. Wer aber auf solche Weise wissentlich den Anstoß gibt, handelt als Anstifter.

Alle diese Aushilfsmittel verschlagen nicht und zeigen nur die Verlegenheit der gegenteiligen Lehre. Vielmehr gilt folgendes:

1. Ein Hauptfall der Straflosigkeit des Agent provocateur liegt dann vor, wenn seine Absicht nur auf einen Versuch geht. Niemand wird wegen versuchter Tat bestraft, wenn er bloß den Versuch will: er wird nur dann wegen Versuchs bestraft, wenn er die vollendete Tat will und wenn aus irgend einem Grunde gegen seinen Willen die Tat beim Versuch stehen bleibt; wer aber von vornherein bloß den Versuch will, kann sich möglicherweise verantwortlich machen, wenn ohne seinen Willen der Versuch nicht beim Versuch bleibt, sondern zur Vollendung gelangt, z. B. wenn ich jemandem ein Selbstgeschoß stelle, dabei aber von der sicheren Erwartung ausgehe, daß ich ihn noch rechtzeitig warnen kann, wenn ich dieses etwa tue, um ihm zu zeigen, welche Gefahren er laufe und wie sehr er sich in acht zu nehmen habe: wenn in solchem Falle meine Warnungen den Gefährdeten nicht mehr erreichen und der Unglückliche in das Selbstgeschoß hineinläuft und verwundet wird, dann kann ich wegen fahrlässiger Tat, aber auch nur wegen solcher, bestraft werden.

Ganz so verhält es sich nun mit dem Agent provocateur, dessen Tätigkeit dahin abzielt, die Handlung zum Versuch zu bringen und dann, wenn sie so weit gediehen ist, dazwischen zu fahren und die Untat zu entlarven. Sicher ist er straflos, denn er will nur den Versuch, nichts

weiter. Das sind gerade die Hauptfälle, und die Straflosigkeit des Agent provocateur entspricht in einem solchen Falle allein unserem Rechtsgefühl.

Daß die Möglichkeit vorliegen kann, daß der Agent provocateur nicht mehr rechtzeitig dazwischen zu treten vermag und die Tat vollendet wird, das kann ebensowenig wie im vorigen Falle ihn zum vorsätzlichen Täter machen: er kann allerdings auch hier wegen Fahrlässigkeit verantwortlich werden.

Man hat nun aber den Fall konstruiert, daß jemand es zunächst nur zum Versuch kommen lassen wollte, um dann dazwischen zu treten, daß er aber dann die Absicht änderte und das Dazwischentreten unterließ, so daß die Tat zur Vollendung gelangte: man glaubte auf solche Weise unsere Lehre in Schwierigkeiten zu bringen.

Das ist aber in keiner Weise der Fall. Wer zum Versuche angeleitet hat, hat natürlich die heilige Verpflichtung, dazwischen zu treten und die Tat zu verhüten; tut er es nicht, so ist er in ähnlicher Lage wie ein Chirurg, der eine Operation begonnen hat und, anstatt sie weiter zu führen, den Kranken verbluten läßt: wie der Chirurg, der den Kranken im Stiche läßt, wegen des Unterlassungsverbrechens der Tötung schuldig ist, so ist auch der Agent provocateur, der jemanden zu einer Untat aufgereizt hat und es dann absichtlich unterläßt, entgegen zu wirken und die Vollendung zu verhindern, wegen uneigentlichen Unterlassungsverbrechens verantwortlich.[3])

2. Schwieriger gestalten sich die Fälle, in welchen der Agent provocateur es bis zur Vollendung kommen lassen will, also z. B. beim Diebstahl, beim Betrug und ähnlichen Dingen: hier ist sehr häufig eine Entlarvung nur in der Art herbeizuführen, daß man den Täter bis zu Ende handeln läßt; und ähnlich verhält es sich auch mit der Münzfälschung, welche ja schon in dem Momente vollendet ist, in welchem jemand die falschen Münzen in der Absicht der Verbreitung gefertigt hat. Daß auch hier der Agent provocateur straflos sein muß, sofern er dahin zielt, trotzdem jeden Schaden zu verhüten, also beispielsweise dem Eigentümer das Eigentum zu wahren oder den Betrogenen schadlos zu halten, ist an sich klar, ebenso wenn er bei der Münzfälschung das Verbreiten der Münzen verhindern und die Fälschungen nur als Überführungsmittel benutzen will. Auch dieses läßt sich aber von unserem Stande sehr richtig gestalten: denn es handelt sich hier überall um solche Vergehungen, welche noch eine besondere überfliegende Absicht verlangen, so die Absicht des Vermögensvorteils, die Absicht der Aneignung, die Absicht der Münzverbreitung; und da nun der Agent provocateur keine dieser Absichten hat, die Absicht des Täters ihm aber nicht zur Last fällt, sondern nur seine eigene, so ist damit seine Straflosigkeit von selbst gerechtfertigt.

Man hat entgegengehalten, daß eine derartige Absicht des Anstifters, wie wir sie verlangen, überhaupt nicht erforderlich sei: wer jemanden zum Diebstahl anstiftet, der brauche nicht die Absicht zu haben, die Sache sich selbst anzueignen, und wer zum Betruge, der brauche nicht das Bestreben zu haben, sich selbst einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Das verschlägt aber nichts: denn eine Absicht, die Sache einem Fremden anzueignen, genügt ebenso, wie die Absicht, sie sich selbst anzueignen, und

[3]) Vgl. auch Singewald, S. 101 f.

ähnlich verhält es sich mit dem Betrug; bei der Münzfälschung ist dieses von selbst klar. Eine solche Absicht aber findet sich beim Anstifter, aber nicht beim Agent provocateur.

Man hat auch den Fall des Widerstandes gegen die Staatsgewalt entgegengehalten. Davon wird unten S. 9 die Rede sein.

§ 4.

Die Einwilligung des Verletzten kommt insofern in Betracht, als der Verletzte in der Lage ist, ein Rechtsgut aufzugeben, oder dem Täter eine Einwirkung in seine Güterwelt zu gestatten; soweit also, als die Rechtsordnung nicht einer derartigen Offenlegung des Eigenrechts gegenüber der Außenwelt entgegen steht. Inwieweit ein solches der Fall ist, läßt sich nur nach dem jeweiligen Stande der Rechtsordnung beantworten. Frühere Zeiten erlaubten der Person, sich dem Eingriff anderer in fast unbeschränkter Weise zu unterwerfen, und ich brauche nur an die Verpfändung von Leib, Leben usw. zu erinnern, um zu zeigen, wie weit die alten Tage es der Person zuließen, sich selbst wegzugeben und sich ihrer edelsten Güter zu entäußern. Mußte man doch zu derartigen Ansichten kommen in einer Periode, in der noch der Gedanke der Erbuntertänigkeit und Sklaverei nicht erloschen war. Heute ist solches nur in beschränktem Maße möglich; wohl aber ist derartiges gestattet auf dem Gebiete des Vermögensrechts, und das kommt für die Vermögensvergehungen bedeutsam in Betracht. Wenn der Eigentümer einer Sache darin einwilligt, daß sie seinem Vermögen entzogen werden soll, so nimmt er ihr damit die Rechtsstellung, welche nötig wäre, damit die Wegnahme zum Diebstahl wird. Zwar ist es unrichtig anzunehmen, daß jemand schon durch den bloßen Willen, die Sache solle schutzlos sein, sich des Eigentums entäußerte; wohl aber ist folgendes zu sagen: Die „Dereliction" verlangt die Preisgebungserklärung und zu gleicher Zeit das Aufgeben des Besitzes; eine Bereitstellung der Sache zur Wegnahme und die darauf erfolgte Wegnahme aber können zusammen eine Dereliction bilden: die Willenserklärung wird hier ersetzt durch die Bereitstellung zur Wegnahme, und die Wegnahme vollendet den Besitzesverlust. Sollte aber die Sache gar nicht zur Wegnahme bereit gestellt worden sein, so läge zwar keine Dereliction vor, jedenfalls aber gilt folgendes: wenn auch der innere Wille im Zivilrecht nicht berücksichtigt wird, so muß er doch strafrechtlich insofern in Betracht kommen, daß der Täter dann straflos bleibt, wenn der Eigentümer zur Zeit der Tat innerlich mit der Wegnahme einverstanden ist: strafrechtlich wird er so behandelt, als ob der innere Wille des Eigentumsverzichts erklärt worden wäre; denn es wäre gegen die Grundsätze der Ethik und Gerechtigkeit, den Täter in dem einen Falle strafrechtlich so viel schlimmer zu behandeln als in dem andern.

Damit aber das Gesagte vorliegt, muß der Eigentümer den Willen haben, sich der Sache endgültig zu entäußern. Dies ist aber nicht schon dann der Fall, wenn er den Willen hat, daß sie ihm augenblicklich entzogen, dann aber wieder zurückgebracht werden soll.

Wir werden daher denjenigen straflos lassen, der etwa einen Gegenstand wegnimmt unter den Augen des Eigentümers, sofern der Eigentümer dabei denkt, daß er die Sache dem „armen Teufel" gönne; wie es z. B. der heilige Franziskus als ein besonderes Glück betrachtete, wenn

ihm die Diebe seine Sachen nahmen, weil sie damit ihre Not deckten und ihre Bedürfnisse befriedigten. Solches wird einmal dann gelten, wenn der Eigentümer in dem Momente der Tat selbst zusieht; dies kann als eine zivilrechtliche Dereliktion betrachtet werden: nicht nur bleibt die Tat straflos, sondern das Eigentum geht auch auf den Täter über. Wenn aber der Eigentümer nur im allgemeinen die Absicht hat, sich die Sache wegnehmen zu lassen, und der Wegnahmehandlung nicht zusieht, dann ist, wie bemerkt, zwar keine zivilrechtliche Dereliktion gegeben, wohl aber gilt der obige Satz, daß das Strafrecht den inneren Willen dem erklärten gleich stellt: denn die Erklärung des Eigentümers, die im vorigen Falle darin gefunden werden kann, daß er der Wegnahme zusieht und damit für jeden, der etwa die Sache betrachtet, eine stillschweigende Zustimmung kundgibt, liegt hier nicht vor, — aber strafrechtlich ist der Täter kraft des inneren Willens des Eigentümers frei.

Ganz anders liegt der Fall bei dem Agent provocateur: hier gibt der Eigentümer, welcher mit dem Agent provocateur unter einer Decke steckt oder gar selbst der Agent provocateur ist, durchaus nicht die Zustimmung dazu, daß ihm die Sache entzogen werden solle, sondern er will nur die augenblickliche Wegnahme. Wenn ich meine Zustimmung gebe, daß meine Sache von dem Orte A nach dem gefährdeten Orte B gebracht wird, so gebe ich damit noch nicht meine Zustimmung, daß mir an dem gefährdeten Orte B meine Sache für immer entrissen werden soll.

Hier hat man allerdings folgendes entgegengehalten: Die Erklärung des Eigentümers, daß die Sache zwar augenblicklich weggenommen, aber nicht endgültig entzogen werden solle, sei höchstens eine „Mentalreservation", und diese sei rechtlich nicht zu beachten; gäbe daher der Eigentümer die Zustimmung zur Wegnahme durch den Dieb, so wäre dies zu gleicher Zeit auch eine Zustimmung zur Aneignung, oder vielmehr zur endgültigen Entziehung. Alles dieses ist aber völlig unrichtig. Es ist einmal unrichtig für den Fall, daß der Eigentümer der Wegnahme zusieht; denn eine stillschweigende Willenserklärung zur Aneignung, die man, wie oben bemerkt, darin finden möchte, ist zweifelhaft und kann nur aus dem allgemeinen Zusammenhang der Dinge erklärt werden: die Erklärung kann nach der einen oder anderen Richtung gehen; in einem derartigen Falle aber, wo der Eigentümer der Wegnahme zusieht, um den Täter entlarven zu können, ist seine Erklärung sicher nur in dem Sinn der Zustimmung zu einer augenblicklichen Entziehung erfolgt: etwas anderes ist aus dem Sachverhalt nicht herauszulesen. Wenn aber die Straflosigkeit des Täters darauf gegründet werden soll, daß der Eigentümer bloß den inneren Willen hegte, ohne ihn zu erklären, dann kann man überhaupt nicht von Mentalreservation sprechen; denn es handelt sich hier nicht um Erklärung, sondern um den inneren Willen, und es fällt daher auch das ganze Gebiet der Mentalreservation weg, welche ja auf einem Widerspruch zwischen dem inneren Willen und der Erklärung beruht.

Der Dieb, der eine endgültige Wegnahme der Sache will, ist also hier trotzdem strafbar, der Agent provocateur aber, der nur eine augenblickliche Wegnahme will und der keine Absicht der Aneignung, weder für sich noch für einen andern, weder durch sich noch durch einen andern hegt, bleibt straflos.

So auch im Fall eines Versicherungsbetrugs, wenn etwa die Versicherungsgesellschaft, um einen Betrüger zu entlarven, ihm durch einen Agent provocateur zureden ließe, versicherte Gegenstände ins Kamin zu

Digitized by Google

werfen und dann einen Versicherungsanspruch geltend zu machen. Ein Versicherungsanspruch entstünde natürlich nicht, sondern nur die Gefahr eines Scheinanspruchs: dieser Gefahr aber setzt sich die Gesellschaft wissentlich aus. Der Betrüger jedoch will nicht nur die Gefahr, sondern den Erfolg der Gefahr, er will die Erlangung des Schadensgeldes: er kann sich daher nicht auf die bloß auf die Gefahr gerichtete Zustimmung des Versicherers beziehen; wohl aber kann dies der Agent provocateur.

Bezüglich des Widerstandes gegen die Staatsgewalt gilt folgendes: Dieser ist eine Vergewaltigung des Staates: er ist daher nur dann ein Vergehen, wenn der Staat die Tätigkeit sich nicht gefallen lassen will. Wenn daher ein Agent provocateur jemanden zu einem solchen Widerstand anreizt, so muß die Tat dann straflos bleiben, wenn die maßgebende staatliche Behörde mit der Tätigkeit einverstanden ist. Men denke sich z. B. den Fall, daß jemand Briefe an die Behörde schreibt und unter Drohungen verlangt, daß sie einen Beschluß fasse oder einen Beschluß zurücknehme, und man denke sich weiter, daß ein staatlich aufgestellter Agent provocateur, nachdem die Behörde eine Reihe solcher Brandbriefe bekommen hat, jemandem auf solche Weise eine Falle stellt, um ihn zu entlarven. Hier wäre der Agent provocateur deswegen straflos, weil der Staat sich eine solche Bedrohung gefallen lassen will — nicht der Täter, denn dieser will eine Bedrohung mit Erfolg. Natürlich kann dieses nur in den Grenzen der staatlichen Verfassung geschehen; und wenn etwa beim Widerstand gegen die Staatsgewalt ein Polizeibeamter verwundet würde, so wäre dieses nicht dadurch gedeckt, daß der Staat aus irgend einem Grunde eine derartige Handlungsweise zuließe oder gar beförderte; und ebenso verhält es sich mit dem Aufruhr. Hier gilt das oben S. 7 Gesagte.

§ 5.

Daß die Tätigkeit des Agent provocateur nicht gerade immer eine sehr rühmliche ist und ein solches heikles Tun nur gerechtfertigt werden kann durch den höheren Zweck, größeres Unheil zu verhüten, wurde bereits dargelegt. Es ist nicht zu verkennen, daß gegen jemanden, der ohne solche Zwecke einem anderen nur deshalb zuredet, um ihn ins Verderben zu stürzen, Gründe genug sprechen, ihn nicht nur der Verachtung preiszugeben, sondern auch als einen Verderber der Seelen zur Strafe zu ziehen. Allerdings gibt es viele Seelenverderber, die nicht zu fassen sind: wer einem anderen schlechte Grundsätze einflößt und ihm Mord und Totschlag als etwas heiliges und löbliches darstellt, kann nicht bestraft werden, wenn seine Einflüsterungen nicht auf ein ganz bestimmtes Tun abzielen, wenn er also nur im allgemeinen die Seele zu verschlechtern bemüht ist.

Ein Mittel, diese schrecklichen Personen strafrechtlich zu verfolgen, ist allerdings deswegen schwer aufzufinden, weil kaum eine Begrenzung möglich ist, da allüberall im Verkehr von Personen miteinander derartige Gedanken sich einschleichen können und eine Strafdrohung eine ganz unerträgliche Beaufsichtigung und Bevormundung der gegenseitigen Geistesmitteilung herbeiführen könnte. Man müßte eben hier ganz bestimmte Punkte aufgreifen, welche es ermöglichen, aus der allgemeinen Ideenmitteilung solche ausgesprochenen „Teufeleien" abzusondern.

So würde ich insbesondere annehmen, daß Strafbestimmungen sehr

Digitized by Google

wohl begründet sind, wenn sich Gesellschaften bilden, um die Adepten zur Geschicklichkeit in der Ausübung von Verbrechen auszubilden, also wie z. B. jene schwarze Bande in den Vereinigten Staaten, welche ihren Jüngern die Handgriffe lehrt, um möglichst wirksam das Stilet zu gebrauchen. Bezüglich des Agent provocateur aber wäre eine Bestimmung in der Art möglich, daß, wer ohne den Zweck der Verbrecherentlarvung, andere ins Verderben lootst, damit sie ertappt werden, einer Bestrafung unterliege: das wäre dann aber nicht eine Bestrafung wegen Anstiftung und dergleichen, sondern eine Bestrafung wegen der absichtlichen Verschlechterung der Persönlichkeit, und das Ganze fällt also einer ganz anderen Betrachtungsweise anheim.

§ 6.

Die Anstiftung zu Beamtenvergehungen wird immer noch viel in den Kreis der Erörterung gezogen, und oftmals wird behauptet, daß der Anstifter ohne weiteres strafbar sei. Wenn man sich dabei auf eine wörtliche Auslegung des § 48 stützt, so kann darüber weggesehen werden, denn man steht hier auf dem Boden einer Auslegungsweise, die man im bürgerlichen Recht längst aufgegeben hat. Die Frage kann nur folgende sein: Ist das Rechtgut, das dem Beamten zur Hütung anvertraut ist, so geartet, daß es überhaupt nur ihm gegenüber als Rechtsgut besteht oder doch als Rechtsgut verbesondert ist, während andere, die dem Beamtenkörper nicht angehören, lediglich das Interesse der guten Staatsverwaltung vor sich haben, ohne daß ihnen die einzelnen Güter, welche der Beamte zu hüten hat, als etwas besonderes gegenüberstehen?

Es kann aber meines Erachtens kein Zweifel sein, daß der Nichtbeamte zwar den Staat und die ganze Staatsverwaltung respektieren muß, daß aber die einzelnen Rechtsgüter, die dem Beamten anvertraut sind, ihm gegenüber nicht als einzelne Rechtsgüter hervortreten. Wenn er daher den Beamten zum Beamtenverbrechen anreizt, so besteht für ihn allerdings ein Unrecht gegenüber dem Staat und den Staatsinteressen, aber nicht ein Widerrecht gegenüber dem besonderen Rechtsgute, dem der Beamte allein gegenübergestellt ist. So z. B. wenn jemand einen Richter zur Rechtsbeugung verleiten möchte. Wollte man annehmen, daß die Rechtsprechung auch einem Nichtrichter als beeinflußbares Rechtsgut gegenüberstünde, so müßte man auch dann eine Rechtsbeugung annehmen, wenn jemand durch Täuschung des Richters ein falsches Urteil herbeiführte, oder wenn er einem in der Tat wahnsinnigen, aber dem äußeren Anschein nach noch geistesgesunden Richter ein falsches Urteil in die Feder diktierte. Derartiges wäre aber sicher unhaltbar.[4]) Insbesondere ist kein Gedanke daran, daß, wer etwa durch falsche Mitteilung an den Richter einen unrichtigen Ausgang des Prozesses herbeiführt, der Rechtsbeugung schuldig wäre: dieses würde zu den haarsträubendsten Ergebnissen führen und jeder Partei des Prozesses die Gefahr des Zuchthauses bringen. Es verhält sich also hier ganz anders, als wenn eine intellektuelle Fälschung durch einen Privaten vermittelst der Täuschung eines Beamten begangen wird.

Daraus ergibt sich aber von selber, daß von einer Anstiftung zu einem Amtsverbrechen von seiten eines Privaten keine Rede sein kann, vorausgesetzt, daß es sich um ein reines Beamtenverbrechen handelt

[4]) S. bereits Strafrechtl. Studien S. 134.

und nicht um ein gemischtes Verbrechen, welches zu gleicher Zeit auch ein Privatverbrechen enthält und insofern natürlich auch einem Privaten zugänglich ist.

Will die Gesetzgebung auch private Teilnehmer bestrafen, so hat sie deswegen ein besonderes Vergehen festzusetzen; so haben wir eine Strafbestimmung gegen die Beförderung der Fahnenflucht (§ 141 RStGB.), während die Fahnenflucht selber als Verletzung der besonderen Militärpflicht nur von dem Militär selber begangen werden kann (§ 69 MStGB.); so haben wir eine passive und aktive Bestechung u. a.

Ähnlich wie mit den Beamtenvergehen verhält es sich auch mit der Schweigepflicht, welche durch richterlichen Beschluß im Strafprozeß auferlegt wird. Es handelt sich auch hier um eine gesonderte Gegenüberstellung einer Person gegenüber einem Rechtsgute, nämlich der strafprozessualen Diskretion. Hier kann daher von einer strafbaren Anstiftung keine Rede sein, höchstens von seiten solcher Personen, welchen gemeinsam die Schweigepflicht auferlegt worden ist, denn in dieser Beziehung kann von einer Art genossenschaftlicher Wahrung des Rechtsgutes gesprochen werden, so daß hier ein jeder, der als Täter, Mittäter, Anstifter sich versündigt, in dieses genossenschaftlich zu hütende Geheimnis eingreift.

Ebenso wäre aber auch dann eine Verletzung gegeben, wenn der Schweigepflichtige einen, der aus anderer Erfahrung oder aus anderen Quellen das Geheimnis kennt, veranlaßte, es kundzugeben; denn der Schweigepflichtige soll dafür sorgen, daß von ihm aus und was ihn betrifft, eine Geheimnisenthüllung nicht stattfindet.

§ 7.

Unsere Lehre von der Urheberschaft gibt auch die allein rationelle Antwort auf die Frage vom Rücktritt vom Versuch und von der tätigen Reue. Man hat behauptet, daß es einen solchen Rücktritt und eine solche tätige Reue für den Anstifter gar nicht gebe, sondern nur für den Täter; der Anstifter könne sich nur dadurch helfen, daß er den Täter zum Rücktritt und zur tätigen Reue veranlasse, welche dann auch ihm zukäme; ihm selbst aber wären diese Hilfsmittel fremd, er wäre nicht imstande, sich der Umklammerung des Verbrechens zu entziehen.[5]) Es bedarf keines Hinweises darauf, zu welchen unheilvollen Folgerungen diese Theorie führt. Während doch die Rechtsordnung tunlichst dahin streben soll, dem bei einem Verbrechen Beteiligten noch einen Rückweg zu gewähren und es ihm zu ermöglichen, den Pfad des Verderbens zu verlassen, so wird er nun erst recht in das Unheil hineingelotst: denn der beste Weg, das Geschehene wieder gut zu machen, ist ihm genommen. Für die Strafrechtswissenschaft ist dies natürlich ganz gleichgültig, — es ist gleichgültig, ob hunderte von Menschen auf solche Weise zugrunde gehen, wenn nur die Folgerichtigkeit der Lehre gewahrt ist!!! Aber die Lehre ist eben unrichtig. Auch dem Anstifter steht Rücktritt und tätige Reue offen, nur daß er natürlich selber eingreifen muß in den Gang der Dinge, die er erregt hat, weshalb man bei ihm eigentlich nicht von Rücktritt, sondern nur von tätiger Reue sprechen kann: er muß die Tat verhindern, was ja in verschiedener Weise geschehen kann, entweder durch Beein-

[5]) Auch in dieser Beziehung vollständig verfehlt Heilborn a. a. O. S. 112 ff. Viel richtiger neuerdings Zeime, Rücktritt vom Versuch S. 78 f.

flussung des Täters oder durch unmittelbare private Hinderung oder durch Anrufen der Obrigkeit. Man hat nun allerdings geltend gemacht, daß das letztere zu wenig moralischen Dingen führen könne, indem jemand zuerst die anderen ins Verderben führt und dann durch Anrufung der Obrigkeit sie dem Strafrichter ausliefert. Wie aber hier zu helfen ist, wurde bereits oben S. 9 f. dargelegt.

Der Prozeß Jesu in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung.*)

Ein Beitrag zur Kenntnis des jüdisch-römischen Provinzialstrafrechts.

Von Dr. Friedrich Doerr, Amtsrichter und Privatdozent in München.

§ 1.

Einleitung.

Jesus Christus von Nazareth in Galiläa — nicht Bethlehem — ist eine Person der Geschichte; der mit seiner Verurteilung und Kreuzigung endigende Strafprozeß, dessen Schauplatz Jerusalem war, ist ein historisches Ereignis. Dieses einer wissenschaftlichen Forschung und Kritik und insbesondere einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung zu unterziehen, kann daher keine Profanierung der Person und des Namens Jesu sein — umsomehr, als es an welthistorischer Bedeutung einzig dastehend unmöglich dem Historiker verschlossen sein kann. Die Frage nach der göttlichen Natur und dem übermenschlichen Wesen des Heilands muß naturgemäß außer Spiel bleiben, und nur der reale, rein menschliche Vorgang kommt in Betracht.

Gegenstand des Folgenden ist hiernach die Prüfung des Prozesses als solchen an dem rein menschlichen Maßstab der damals geltenden rechtlichen Einrichtungen, um hierdurch — unbeschadet der religiösen Frage — zu der Erkenntnis zu gelangen, ob ein gesetzliches, prozessual geordnetes und materiell gerechtfertigtes Verfahren stattfand, ob die an dem Verfahren mitwirkenden Organe zu ihren Handlungen, Vorkehrungen und Verfügungen nach dem Gesetze berufen waren, ob die vorgeschriebenen Formen eingehalten wurden und ein kompetenter Richter auch ein sachlich begründetes Todesurteil fällte oder nicht.

So interessant eine derartige rechtshistorische Untersuchung für die allgemeine Erkenntnis damaliger Rechtszustände ist, so schwierig ist sie aber auch angesichts der Dürftigkeit verläßlicher Überlieferung. Aus

*) Vgl. hierüber aus neuester Zeit: Giovanni Rosadi, Il processo di Gesù, seconda et terza edizione, Firenze 1904 (Rezension von O. Bulle, Beil. z. Allgem. Ztg. 1904 Nr. 185 S. 297 ff.) gelangt zu dem Ergebnis, daß der Prozeß ungesetzlich und ungerecht war und Jesus einem Justizmord zum Opfer fiel. Hiergegen R. v. Mayr, Der Prozeß Jesu, in Groß' Archiv f. Krim.-Anthropologie pp. XX (1905) S. 269 ff., 305: Nicht ein Justizmord, sondern ein religiös-politischer Mord durch Mißbrauch der Justiz, die gewissermaßen mit gebundener Marschroute ihres Amtes walten mußte, sei das Schauspiel, das der Prozeß biete.

Tacitus' Annalen 15, 44 erfahren wir nur, daß auctor nominis eius (sc. Christianorum) Christus Tiberio imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio affectus erat. Neben einem in seiner Echtheit stark angezweifelten, das Auftreten und den Prozeß Jesu nur kurz wie ein untergeordnetes Ereignis erwähnenden Berichte des Josephus Flavius[1]) (geboren 37 n. Chr.) stehen für eine sachliche Würdigung der Ereignisse lediglich die Evangelien zur Verfügung, die uns aber auch nur mangelhafte und unsichere historische Kunde von Jesus, von dessen Prozeß wie von dessen Leben überhaupt, bieten. Ohne daß Grund besteht, die Treue der evangel. Berichte, die — wenn auch nach ungleichen Überlieferungen — den Hergang mit einfachen Worten erzählen, in Zweifel zu ziehen, schließt die ungenügende Kenntnis aller Vorgänge, welche zusammen den Prozeß Jesu ausmachen, und der dieselben begleitenden Umstände von vornherein eine erschöpfende Revision aller in Betracht kommenden Prozeßhandlungen aus und gestattet unter der selbstverständlichen Voraussetzung der tatsächlichen Richtigkeit dessen, was uns die Quellen berichten, nur eine Darstellung in großen Umrissen. Aber auch mit dieser Einschränkung fällt es nicht leicht, in dem dichten Nebel jüdischen Wahns und Aberglaubens und alexandrinischer Schwärmerei die wahren Ereignisse klar zu erkennen und zu ergründen.

Der Prozeß Jesu, an dem bekanntlich jüdische und römische Behörden beteiligt waren, da Palästina seit Pompejus unter röm. Oberherrschaft stand, ist schon wiederholt Gegenstand historischer und rechtswissenschaftlicher Forschung gewesen. Zwei im Ergebnis grundverschiedene, im einzelnen unter sich wieder abweichende Ansichten stehen sich heute hinsichtlich der Frage nach der Gesetzmäßigkeit des Prozesses gegenüber: Die Vertreter der sog. Rechtfertigungstheorie nehmen ein den jüdischen und römischen Gesetzen im großen und ganzen entsprechendes, meritorisch und formal geordnetes Verfahren und sachlich begründetes Erkenntnis an,[2]) wobei man doch einerseits das Zugeständnis machen zu müssen glaubt, daß Jesus das Opfer jüdischer Fanatiker wurde, das ihnen der röm. Prokurator teils aus politischer Rücksicht, teils aus Furcht um die eigene Stellung preisgab,[3]) anderseits das Gesetz selbst als ein abscheuliches Gesetz des blutdürstigen Altertums tadelt

---

[1]) Antiquit. 18, 3,3; wiederholt bei Eusebius, hist. eccl. I, 11; demonst. evang. III 3, 105 f.; Pseudo-Hegesippus, de bello Iud. 2, 12. Vgl. E. Schürer, Geschichte des jüd. Volkes im Zeitalter Jesu Christi I 2. Aufl. S. 456 ff., 3. u. 4. Aufl. 1901 S. 545 ff.

[2]) So — von älteren wie Joh. Steller, Pontius Pilatus defensus, Dresden 1674 und Lpz. 1676, abgesehen — E. Renan, Vie de Jésus 1863 (deutsch von H. Helling, bei Reclam, S. 281 ff., 293, wonach auch im Folgenden zitiert wird); D. F. Strauß, Das Leben Jesu, für das deutsche Volk bearbeitet, I. u. II. Teil, 4. Aufl. 1877, (Gesammelte Schriften, hrsg. v. E. Zeller, 3. u. 4. Bd.) und Das Leben Jesu, kritisch bearbeitet, 3. Aufl. 1838/9 (zit. „Strauß, Krit."); Hase, Leben Jesu, S. 249; Schenkel, Das Charakterbild Jesu, 1864, und Art. „Jesus" im Bib.-Lex. III; Th. Keim, Geschichte Jesu von Nazara pp. III 1872 S. 310 ff., 337; J. Salvador, Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu II S. 81 ff. (gegen ihn Dupin, Jésus devant Caïphe et Pilate) und Jés. Chr. et sa doctrine; Grätz, Gesch. der Juden III S. 244 f. (Jedenfalls sei der Schein gegen Jesus gewesen, der das Opfer eines Mißverständnisses geworden); A. Geiger, Das Judentum und seine Geschichte, Breslau 1864 S. 115, I. Abt. 2. Aufl. 1865 S. 121; Ewald, Gesch. des Volkes Israel V; Schürer, Gesch. des jüd. Volkes II 2. Aufl. S. 159 f., 3. Aufl. 1898 S. 208 f.; J. L. Saalschütz, Das mosaische Recht, Berl. 1853, S. 623 ff.; Mommsen, Röm. Strafrecht 1899 S. 120 N. 1, 240 N. 2; R. v. Mayr l. c. u. a.

[3]) v. Mayr S. 304.

und trotz der Gesetzlichkeit des Todes Jesu oder eben wegen dieser Gesetzlichkeit ohne weiteres „Justizmord" behauptet.[4])

Die Anhänger der sog. Inkompetenztheorie nahmen an, daß Jesus nicht nach Gesetz gerichtet und hingerichtet worden sei, und sehen in dem Prozesse ein irreguläres, ungesetzliches, nicht von der jüdischen kompetenten Behörde geleitetes, sondern von einer anmaßenden Schar blinder Fanatiker, mit einigen einflußreichen Priestern an der Spitze, eigenmächtig inszeniertes, aller Formen des Rechts entbehrendes, von dem röm. Prokurator aus charakterloser Parteisucht unterstütztes Verfahren, das man vom rechtlichen Standpunkt aus keinen Prozeß nennen könne,[5]) also einen rohen Gewaltstreich, eine unverantwortliche Ausschreitung, einen Akt politisch-religiöser Vergewaltigung, ein Stück politischer Kabinettsjustiz, einen Justizmord oder nicht einmal Justizmord, sondern einen gemeinen Privatmord.[6])

Eine mit der letzterwähnten Theorie verwandte Ansicht hält die Verurteilung Jesu durch ein jüdisches Gericht für unwahrscheinlich und nimmt an, daß nur die Römer es waren, welche Jesus, weil er als Messias auftrat, aus politischen Gründen als Rebellen auf Denunziation von Juden gefangen nahmen und hinrichteten.[7])

Ob das eine oder das andere zutrifft oder die Wahrheit, wie so oft, in der Mitte liegt, möge die folgende rechtsgeschichtliche Entwickelung jener Vorgänge ergeben, bei der wir uns in Ansehung der Darstellung des Prozeßverlaufs, soweit tunlich, an die chronologische Ordnung halten.

I. Teil.

Das Verfahren vor der jüdischen Behörde.

§ 2.

Die Vorgeschichte der Verhaftung.

Jesu wachsende, über seine Heimat Galiläa hinausreichende Popularität, die bei seinem letzten feierlichen Einzug in Jerusalem zu der lautesten Begeisterung und Huldigung des Volkes führte,[8]) nährte den

[4]) So Renan S. 266, 283; Keim III S. 330, 356; Saalschütz S. 626 unten.

[5]) So J. M. Jost, Geschichte des Judentums und seiner Sekten, I. Abt. 1857, S. 278, 404 ff., der S. 409 mit Beziehung auf Salvador meint, daß nur die verblendetste Einseitigkeit die Hinrichtung Jesu zu rechtfertigen versuchen könne; M. Duschak, Das mosaisch-talmudische Strafr., Wien 1869, S. 56 N. 2 (in Anlehnung an Jost); Samuel Mayer, Geschichte der Strafrechte, Trier 1876, § 57 S. 420 ff., 426; J. Vargha, Die Verteidigung in Strafsachen, Wien 1879, S. 15 f. (in Anlehnung an S. Mayer) u. a.

Hierher gehört auch A. B. Walther, Jurist.-histor. Betrachtungen über das Leiden und Sterben Jesu Christi. Breslau und Leipzig 1738, der, sich insbesondere gegen Steller wendend, nur ein Informationsurteil, Gutachten oder Elogium des jüdischen Synedriums, aber ein ungesetzl. und ungerechtes, und ein von Pilatus wider besseres Wissen gegen einen Unschuldigen erlassenes Todesurteil annahm und behauptete, daß weder die jüdische Behörde unter der Römerherrschaft zur Erlassung eines Todesurteils zuständig, noch ein Verbrechen gegen die mosaischen oder röm. Gesetze nach dem Beweisergebnisse erwiesen war. Ähnlich Rosadi l. c., der glaubt, daß das Synedrium seine Kompetenz überschritten und nur die röm. Behörde zum Einschreiten befugt gewesen wäre.

[6]) Jost I S. 407 f.

[7]) L. Philippson, Haben wirklich die Juden Jesum gekreuzigt? Berlin 1866. Ähnlich G. Volkmar, Die Evangelien usw. S. 558.

[8]) Matth. 21, 8 ff., Mark. 11, 8 ff., Luk. 19, 36 ff. Vgl. Joh. 12, 12 f. — Zum Folgenden vgl. Strauß, Krit. II § 115.

alten, seit seinen öffentlichen Erfolgen wegen seines sich stets steigernden Einflusses auf das ungelehrte Volk bestehenden, ebenso einsichtslosen wie unerbittlichen und schließlich nur durch den Tod zu besänftigenden Haß seiner Feinde. Zwei große politisch-religiöse Parteien waren es, die — obwohl verschieden und ohne Verbindung untereinander, sich sogar bekämpfend, doch in ihrer Abneigung gegen Jesus einig — mit ihrem Anhang, den „Vornehmsten im Volk", darnach trachteten, den gemeinsamen gefährlichsten Gegner aus dem Wege zu räumen und hierdurch nicht bloß sich seiner rasch und sicher zu entledigen, sondern auch eine allgemeine übermäßig gespannte, schließlich zur Krisis gewordene Situation gewaltsam zu lösen. Während die Schriftgelehrten und Pharisäer (Peruschim = Abgesonderte, Reine, Heilige), jene bigotten, streng-gesetzlichen oder pedantisch-orthodoxen und überexaltierten Laien-Eiferer, in Jesus den schärfsten Bekämpfer ihres Satzungswesens erkannten, vermochten auch die Sadducäer, die Mitglieder jener ungläubigen, hochmütigen, selbstgerechten, durch rücksichtslose Strenge und Grausamkeit berüchtigten Aristokratie, die sich um den Tempel gebildet hatte, in moralischer Gleichgültigkeit und kalter Unreligiosität eigennützige Politik trieb, vom Altar lebte, aber ihn mißachtete, sowie die Priester, die fast alle Sadducäer waren,[9]) als Häupter des äußeren Tempelkultus und der hierauf gegründeten Hierarchie mit dem, der bei jeder Gelegenheit auf den inneren Gottesdienst des Herzens und Gemüts als die Hauptsache hinwies, sich nicht zu befreunden. Doch scheute man einstweilen noch einen Gewaltakt, da alles Volk Jesu anhing, sich seiner Lehre verwunderte und ihn für einen Propheten hielt.[10]) Insbesondere in Galiläa war die hierarchische Partei bei weitem nicht so stark wie in Jerusalem, einen volksbeliebten Mann wie ihn aus der Mitte seiner Anhänger herauszureißen, so daß hier die Anfeindung einer Partei hinter der Anhänglichkeit des Volks zurücktrat.[11])

Die Erbitterung gegen Jesus wurde nach den Synoptikern durch die scharfen Ausfälle gesteigert, die er, wegen Vernachlässigung der rituellen Waschungen[12]) zur Rede gestellt, gegen die kleinlichen Nörgeleien, den pedantischen, auf Äußerlichkeiten gerichteten Satzungsgeist, das hochmütige, selbstzufriedene, formelle Frommtun und die Heuchelei, Eitelkeit und Verfolgungssucht der Pharisäer und Schriftgelehrten machte,[13]) wie er — ein Feind jener sinnlichen Form, die Religion und Sittlichkeit unter dem Vorwand, sie zu schützen und pflegen, erdrückt und erstickt — frei von dogmatischen Fesseln und offiziellen Formeln sich überhaupt gegen

---

[9]) Vgl. Apostelgesch. 4, 1; 5, 17. Der Name Sadducäer (Zaddukim, sadoki), der ursprünglich ein Mitglied der Priesterfamilie Sadek oder Zadok bezeichnete, galt schließlich als gleichbedeutend mit „Materialist" und „Epikuräer". Renan S. 109 f., Keim I 1867 S. 273, Schürer II 2. Aufl. S. 320 ff., 3. Aufl. S. 388 ff. Die Sadducäer wiesen ebenso wie Jesus die „Traditionen" der Pharisäer als unnötige und im Gesetz Moses nicht begründete Übertreibungen zurück. Joseph. Ant. 13, 10, 6; 18, 1, 4.

[10]) Matth. 21, 15, 46; Mark. 11, 18; 12, 12; Luk. 19, 47, 48; 20, 19; Joh. 7, 1, 19, 25 f., 30 f., 48 f.; 8, 37, 40.

Ähnlich erging es Johannes dem Täufer; Matth. 14, 5; 21, 25 f., Luk. 7, 30. Renan S. 99.

[11]) Joh. 7, 1; 4, 1, 3.

[12]) Schürer II 2. Aufl. S. 400 ff., 3. Aufl. S. 478 ff.; Hamburger, Real-Encyklopädie für Bibel und Talmund, Art. „Händewaschen".

[13]) Matth. 15, 1 ff. (23, 25 f.); Mark. 7, 1 ff., Luk. 11, 37 ff. Keim II 1871 S. 349 ff.

den ganzen blöden Äußerlichkeitsgeist, Scheindienst und Formalismus in der Religion mit seinen übeln Folgen für die Praxis des Lebens,[14]) den übertriebenen traditionellen Zeremonien- und Tempeldienst des orthodoxen altjüdischen Kultuswesens als äußerliches Menschenwerk und starre Menschensatzung — das Hängen an Opfern,[15]) Speiseverboten, Fasten,[16]) Reinigungen usw. — wandte und die innere Moralität und wahre Frömmigkeit über die bloße äußere Legalität und bigotte Orthodoxie, Geist und Gemüt über die rohe Sinnlichkeit, die Stimme der Natur und des Gewissens über die frömmelnd verirrte Unnatur stellte, ohne jedoch zunächst trotz seines Bruchs mit dem jüdischen Geiste dem mosaischen Gesetz selbst zu widersprechen.[17]) Seine Feinde lauerten geradezu wie agents provocateurs auf seine Reden und die ihm durch verfängliche Fragen entlockten Worte, nicht nur, um ihn bloßzustellen,[17a]) sondern um Grund zu einer Anklage zu gewinnen und gegen ihn, den Gründer der Gewissensfreiheit, die wie eine Unmöglichkeit von der vorhandenen Gesellschaft ausgeschlossen wurde, die formalistischen Gesetze einer unduldsamen Theokratie anzuwenden, die von der römischen Herrschaft noch nicht aufgehoben waren.[18]) Denn wenn auch der religiöse G l a u b e, die Entwicklung und der Spielraum des religiösen Vorstellungskreises, bei den Juden verhältnismäßig frei war, wurde doch infolge des ebenso mächtigen wie charakteristischen Zugs zur Veräußerlichung das T u n in um so engere Fesseln und Formen

---

[14]) Schürer II 2. Aufl. S. 415, 3. Aufl. S. 494 verweist auf die auffallende Parallele mit dem Jesuitismus.

[15]) Matth. 9, 13, 12, 7; vgl. Matth. 5, 23 f. Strauß I S. 271 f.

Vgl. 1. Samuel 15, 22, Ps. 50, Jesaia 1, 11 ff., Jer. 6, 20, Amos 5, 22, Micha 6, 6 f., Maleachi 1, 10.

Auch die Propheten sprechen mit flammendem Eifer gegen den Mißbrauch der Opfer, welche nur Mittel seien und als Zwecke angesehen würden, und die Schriftgelehrten erklärten nach der Zerstörung des Tempels, daß Gebete die Wirkung wie Opfer haben. Aber auch das jüd. Gebet war z. Zt. Christi schon unter die gesetzliche Formel gebannt und in die Fesseln eines starren Mechanismus geschlagen und infolgedessen zu einem äußerl. Werkdienst und Deckmantel innerer Unlauterkeit herabgesunken. Matth. 6, 5 ff.; 15, 7 f.; 23, 14; Mark. 7, 6; 12, 40; Luk. 20, 47. Schürer II 2. Aufl. S. 408 ff., 3. Aufl. S. 486 ff.

[16]) Matth. 9, 14 ff.; vgl. 6, 16—18; 11, 19; Mark. 2, 18 ff., Luk. 5, 33 ff.; 18, 12—14. Schürer II 2. Aufl. S. 411 f., 3. Aufl. S. 489 f.

[17]) Matth. 5, 17 ff.; 23, 3; Luk. 16, 17. Im Gegenteil — er wiederholte stets, man müsse mehr tun, als was die alten Weisen gelehrt (Matth. 5, 20), verbot das geringste harte Wort (Matth. 5, 22), die Ehescheidung (Matth. 5, 31 f., 19. 3 ff., Mark. 10, 2 ff.), den Eid (Matth. 5, 33), tadelte die Wiedervergeltung (Matth. 5, 38), verdammte den Wucher (Matth. 5, 42), stellte das wollüstige Verlangen dem Ehebruch gleich (Matth. 5, 28; vgl. Talmud, Massekret Kalla), forderte die Verzeihung aller Beleidigungen (Matth. 5, 23), Liebe gegen Feinde (Matth. 5. 44, Luk. 6, 35), Barmherzigkeit (Luk. 6, 36) und Vollkommenheit, wie der „Vater im Himmel vollkommen ist" (Matth. 5, 48; vgl. 3. Mos. 11, 44; 19, 2). Renan S. 89 f., Strauß I S. 265 ff., Krit. I § 66; Keim II S. 242 ff., III S. 23 ff.

[17a]) Jost I S. 401.

[18]) Die Evangelien stellen namentlich gegen das Ende der Laufbahn Jesu eine Reihe solcher Anfragen zusammen, die nur in der Absicht an ihn gerichtet wurden, ihn entweder, wenn er nicht darauf zu antworten wüßte, beim Volk herunterzusetzen oder ihm eine Antwort zu entlocken, die sich zu seinem Nachteil benützen ließe. Matth. 19, 3; 21, 23; 22, 15 ff.; Mark. 11, 27 f.; 12, 13 ff.; Luk. 11, 53 f.; 20, 1 f., 20 ff.; Joh. 8, 3 ff.; Renan S. 258. Über die jüdische Fabel von den Ergebnissen einer Belauerung Jesu durch 2 Schüler der Weisen in den Wänden eines Hauses s. Keim III S. 331 N. 1.

gelegt und unter den Zwang des Buchstabens gestellt.[19]) Diese äußerlichen Fesseln des gesetzlichen Judentums zu sprengen und den Wert innerlichen Glaubens und wahrer Frömmigkeit und Sittlichkeit zu heben und hierauf, statt auf die gesetzliche Korrektheit des äußeren formellen Handelns, das Hauptgewicht zu legen, war die Aufgabe, die sich der große Reformator setzte.

Den ersten greifbaren Anlaß zur Verwirklichung ihrer längst geplanten Anschläge gegen Jesus erblickte die pharisäisch-hierarchische Partei nach dem übereinstimmenden Bericht der Evangelien in der Verletzung der Sabbathgebote, insbesondere der angeblichen Entweihung des Sabbaths durch Heilung eines Kranken,[20]) zumal Jesus auf die ihm deshalb gemachten Vorwürfe seine Handlungsweise mit feinem Spott durch die blasphemisch aufgefaßte Berufung auf das ununterbrochene Wirken Gottes, seines Vaters, rechtfertigte[21]) und sich als Herrn auch über den Sabbath, der um des Menschen willen gemacht sei, bezeichnete.[22]) Da gingen die Pharisäer samt ihrem Anhang hinaus und hielten — vermutlich in Form einer Parteiversammlung, möglicherweise aber auch schon damals in offizieller Form — Rat, wie sie ihn umbrächten,[23]) da er nicht allein im Sinne ihrer rigorosen Satzung den Sabbath brach und hierdurch nach ihrer Ansicht bereits ein mit Ausrottung und dem Tode durch Steinigung bedrohtes Verbrechen beging,[24]) sondern Gott als seinen Vater bezeichnete und sich damit selbst Gott gleichmachte.[25]) Hierdurch haben die bestimmteren Anschläge gegen Jesus ihren Anfang genommen. Pharisäer und Hohenpriester sandten bald darauf, als er im Tempel zu Jerusalem predigte und durch allzu deutliche Verkündung seiner höheren Würde und göttlichen Sendung Ursache des Anstoßes gab,[26]) sogar Knechte aus, um ihn festzunehmen.[27]) Aber niemand legte Hand an ihn,[28]) wie es seinen Widersachern schließlich doch im Hinblick auf das Gesetz bedenklich erschien, nach dem Vorgefallenen, wodurch der Tatbestand einer strafbaren Handlung nicht zweifellos erfüllt war, ihn ohne gerichtliches Verfahren und Erkenntnis und insbesondere ohne gesetz-

[19]) Schürer II 3. Aufl. S. 347 N. 49, 495 f. Bei jeder Regung und Bewegung, auf Schritt und Tritt, bei der Arbeit, beim Gebet, bei der Mahlzeit, zu Hause und unterwegs, vom frühen Morgen bis zum späten Abend, von der Jugend bis zum Alter folgte dem gesetzeseifrigen Israeliten die zwingende, tote und ertötende Formel. Ein gesundes sittliches Leben konnte unter solcher unerträglichen, ins Unsinnige übertriebenen Last (Matth. 23, 4. Luk. 11, 46) nicht gedeihen.

[20]) Matth. 12, 10 ff.; Mark. 3, 2 ff.; Luk. 6, 7 ff.; 13, 11 ff.; 14, 1 ff.; Joh. 5, 5 ff., 16; 7, 23; 9, 14 ff. Vgl. Strauß I S. 266, II S. 145 ff., Krit. II § 97, Renan S. 175; Keim II S. 345 f.

[21]) Joh. 5, 17, 18.

[22]) Matth. 12, 8; Mark. 2, 27 f.; Luk. 6, 5.

[23]) Matth. 12, 14; Mark. 3, 6; Luk. 6, 11. Nach den Synoptikern geschah dies in Galiläa, nach. Joh. 5, 1 ff. gelegentlich der Anwesenheit Jesu in Jerusalem aus Anlaß eines ungenannten Festes.

[24]) Mos. II 20, 8, 10 f.; 23, 12; 31, 14 f.; 34, 21; 35, 2 f.; III 19, 3; 23, 3; IV 15, 32 ff.; V 5, 14 f. Talmud Mischna IV 4 Sanhedr. VII 4, 8 (78b). S. Mayer S. 107 ff. § 16; S. 675 ff. § 83; Schürer II 2. Aufl. S. 393 ff., 3. Aufl. S. 470 ff.; Saalschütz S. 519 i., 472 ff., Duschak S. 41, 45, 84, Frankel, Der gerichtl. Beweis nach mosaisch talmudischem Rechte. Berl. 1846, S. 16, 17 N. *).

[25]) Joh. 5, 16 und 18.

[26]) Joh. 7, 28 f., 33; 8, 12 ff.

[27]) Joh. 7, 32.

[28]) Joh. 7, 44, 30; 8, 20.

mäßiges Verhör zu richten,[29]) zumal sie in seinem bedeutenden Volksanhang ein weiteres Hindernis ihrer Anschläge fanden. So war denn die angebliche Verletzung des Sabbathgesetzes auch nicht Gegenstand der weiteren strafrechtlichen Untersuchung,[29a]) und dies mit gutem Grund.[30])

Die straf- (sogar schuld-) ausschließende Wirkung des Notstands war nämlich dem mosaischen Recht nicht fremd.[31]) In Fällen der Not, besonders zur Rettung eines Kranken, wie hier, brauchte, so peinlich streng und rigoros man sonst auf die Heiligung des Sabbaths hielt, das Sabbathgesetz nicht beobachtet zu werden, ebenso wie der Kranke sogar am Versöhnungstage[32]) Speise genießen durfte. Denn die Israeliten sollten die Satzungen halten, um zu leben,[33]) nicht um dadurch zu sterben: Der Sabbath ist in eure Gewalt gegeben, ihr aber seid nicht in seine Gewalt übergeben.[34]) Einen andern, von dieser Auffassung abweichenden Sinn und einen andern Fall als den der Not hat Jesus bei seinen Worten, der Sabbath sei um des Menschen willen gemacht und nicht der Mensch um des Sabbaths willen, so sei des Menschen Sohn ein Herr des Sabbaths,[35]) wohl kaum im Auge gehabt, ebensowenig an eine Abänderung des Sabbathgesetzes gedacht.[36])

Die bisherigen Anläufe wider Jesus scheinen in der Hauptsache nur von seinen persönlichen Feinden ausgegangen zu sein. Aus ihrer Zurückhaltung herauszutreten, des privaten Streites sich zu bemächtigen und von amtswegen gegen Jesus einzuschreiten, hatte die jüdische Behörde als solche bislang noch keinen genügenden Grund, wenn sie auch den zunehmenden gefahrdrohenden Einfluß des von seiner höheren Sendung überzeugten Volksmannes wohl mit ängstlichen Blicken verfolgte.

Den Ausschlag gab aber schließlich nach Joh. die Auferweckung des Lazarus in Bethanien und deren Wirkung auf das Volk.[37]) Da versammelten die hiervon durch Zeugen unterrichteten[38]) Notabeln des

---

[29]) Joh. 7, 51, 53. — Der Sabbathentweiher darf nicht ohne weiteres getötet werden; S. Mayer S. 239; vgl. auch Saalschütz S. 486 N. 607. — Über das jüd. Strafrecht während des Ausnahmezustands, wenn Recht und öffentl. Sicherheit gefährdet und bedroht war, eine Art Standrecht, das den Strafgerichten zustand, s. Duschak S. 43 ff.; Maimon. Synhedr. 24.

[29a]) Anders nach den „Akten des Pilatus" C. 1.

[30]) Vgl. auch F. L. Steinmeyer, Die Leidensgesch. des Herrn pp. (Apologet. Beiträge II) 1868 S. 121 ff.

[31]) Vgl. die hierher zu rechnenden Fälle bei Sam. I 21, 6 (Matth. 12, 4, Mark. 2, 26, Luk. 6, 4), II 20, 16 ff., Jon. 1, 7 ff., Klagel. 4, 10, Makk. I 2, 40 ff. — S. Mayer S. 233 f., 237 f., 678; Schürer II 2. Aufl. S. 399, 3. Aufl. S. 477.

[32]) 3 Mos. 16, 29 ff.

[33]) 3 Mos. 18, 5.

[34]) Talm. Mischna II, 5 Jomah VIII, 6 (85h); Orach Chajim Tit. 328. Dieser Grundsatz wurde von der jüdischen Orthodoxie oftmals verkannt. So konnte Ptolemäus 320 am Sabbath in Jerusalem einziehen, und im Anfang des Hasmonäerkriegs starben viele von Feindeshand, nur weil sie die Sabbathruhe nicht brechen wollten. 1 Makk. 2, 34 ff.; Jos. Ant. XII 6, 2. Die Essener oder Essäer wagten an Sabbathen nicht einmal ihre Notdurft zu verrichten; Jos. Bell. Jud. II 8, 9; Schürer II 3. Aufl. S. 568 N. 45, 571 N. 61.

[35]) Mark. 2, 27 f. S. oben.

[36]) Ebenso Saalschütz S. 394 Nr. 500.

[37]) Joh. 11, 1 ff., 43 f.; von den Synoptikern, die einen entscheidenden Wendepunkt im Verhalten der jüd. Behörde vermissen lassen, nicht erwähnt. Renan S. 260 ff., Strauß I S. 318, II S. 190 ff., Krit. II §§ 93, 115; Keim III S. 66 ff., 240, 357. Ähnliche Fälle: Matth. 9, 18 ff., Mark. 5, 22 ff., Luk. 7, 11 ff.; 8, 41 f., 49 ff.

[38]) Joh. 11, 46.

Volks, die Hohenpriester[39]) und die Pharisäer, einen Rat und sprachen: „Was tun wir? Dieser Mensch tut viele Zeichen.[40]) Lassen wir ihn also, so werden sie alle an ihn glauben. So kommen dann die Römer und nehmen uns Land und Leute."[41]) Die Hohenpriester verfolgten angeblich sogar auch Lazarus und trachteten ihn zu töten, da um seinetwillen, wegen des an ihm geschehenen Wunders, viele Juden an Jesus glaubten.[42])

Jesu erfolgreiche Wundertätigkeit[43]) könnte also — so befürchtete nicht ganz ohne Grund das aus diesem Anlaß offenbar auf entsprechende Anzeige hin[44]) unter dem Vorsitz des Hohenpriesters „jenes Jahres"[45]) Kaiphas,[46]) der die Verhandlungen leitete, in dessen Palast zu Jerusalem zusammengetretene, aus Priestern (ἀρχιερεῖς), Schriftgelehrten (Gesetzkundigen, γραμματεῖς) und den Ältesten im Volk (den Laien in Amt und Würden, πρεσβύτεροι) bestehende, 71 Mitglieder zählende große Synedrium (Sanhedrin) oder Presbyterion, der hohe Rat,[47]) — dessen

---

[39]) Da es eigentlich nur e i n e n Hohenpriester (ἀρχιερεὺς μέγας) im Amt gab, so sind unter den andern Hohenpriestern oder ἀρχιερεῖς i. w. S. neben dem Segan oder στρατηγός (Jost 1 S. 150, Keim III S. 353 N. 1, Schürer II 2. Aufl. S. 212 f., 3. Aufl. S. 264 ff., S. Mayer S. 420 N. 1) angesehene und einflußreiche Priester, „Söhne von Hohenpriestern", Mitglieder hohenpriesterlicher Familien (Esra 2, 61, Ap. Gesch. 4, 6; Jos. Bell. Jud. VI 2, 2, Talm. Mischna III, 2 Kethuboth XIII, 1), namentlich frühere Hohepriester gemeint, wie ja gewöhnl. alle den Namen „Hoherpriester" weiterführten, die das Amt einmal bekleidet hatten; denn dieses verlieh seinem Träger einen character indelebilis, vermöge dessen er auch nach seinem Rücktritt noch einen großen Teil der bisherigen Rechte und Pflichten neben dem Titel behielt. Schürer II 2. Aufl. S. 172 ff., 3. Aufl. S. 221 ff.

[40]) Joh. 11, 47.

[41]) Joh. 11, 48.

[42]) Joh. 12, 10 f.

[43]) Hierüber Renan S. 194 ff., Strauß I S. 332 ff., II S. 134 ff., Krit. II §§ 89 ff., S. 1 ff., Keim II (1871) S. 125 ff., 456 ff.

[44]) Das jüdische Strafverfahren, auf dem Anklageprinzip beruhend, wurde durch die Anzeige oder Anklage des Verletzten oder regelmäßig zweier Denunzianten oder Ankläger (κατήγοροι), die zugleich Zeugen sind, eingeleitet. Moses V 19, 15; 21, 21; 22, 13 ff. Ap. Gesch. 6, 11; Jos. b. j. 4, 5, 4. Eine Pflicht zur Denunziation bestand im Interesse der Religion nur bei Abgötterei, dem größten Greuel für den Mosaismus; hier namentlich genügte auch die Anzeige nur e i n e s Denunzianten zur Einleitung des Strafverfahrens. Mos. V 13, 5 ff.; 17, 2 ff. Von im Namen des Staates auftretenden öffentlichen Anklägern findet sich keine Spur. Das röm. Verfahren wurde teils durch Anklage eines Privaten, des Verletzten oder eines Dritten, teils auf Denunziation durch magistratische Inquisition (cognitio) eingeleitet. Letztere Form bildete insbesondere die Regel für Verfahren gegen Nichtbürger, vor einem kaiserlichen Delegaten und wegen Majestätsverbrechens. Cicero pro Sex. Roscio 20, 56; C. Th. 9, 1, 19; 9, 5, 1; 9, 6, 2, 3; C. 9, 8, 3; 9, 2, 17; 9, 1, 20; 10, 11, 6; Ammian. Marc. 14, 1, 5; 14, 9, 6; Plinius ad Traian 96; Paulus, Sent. R. V, 13, 3; D. 5, 1, 53; 48, 4, 7, 3; Mommsen, Strafr. S. 147 f., 239 N. 2, 340, 348 f., 368 Z. 1.

[45]) Joh. 11, 49 u. 51; 18, 13.

[46]) Luk. 3, 2; Ap. Gesch. 4, 6. Joseph Kaiphas war von dem Prokurator Valerius Gratus um das J. 18 bezw. 25 ernannt und den Römern sehr ergeben. Während das Hohenpriestertum unter den röm. Prokuratoren zu einem widerruflichen Amt geworden war und die Absetzungen einander fast mit jedem Jahr folgten (Jos. Ant. XV 3, 1; XVIII 2, 2; 4, 3; 5, 3; XX 9, 1, 4), hielt sich Kaiphas länger als die andern und verlor sein Amt erst i. J. 36 durch Lucius Vitellius. Jost I S. 403 N. 2 findet es mit Recht auffallend, daß die Rabbinen diesen Hohenpriester nicht nennen.

[47]) Matth. 5, 22; 26, 3, Mark. 14, 53; 15, 1, Luk. 22, 66; Ap. Gesch. 22, 5. Das Synedrion war die höchste jüdische Legislatur-, Administrativ- und Justizbehörde, insbes. das oberste Gericht, in religiösen Dingen. In Israel mündete aber alles in Religion, auch die Handhabung der Gerechtigkeit im Namen Gottes (2 Chron. 19, 6; 5 Mos. 1, 16 f.); die Rechtslehre war ein Teil der Religions-

Digitized by Google

Anhang ins Unermeßliche erweitern und das Einschreiten der Römer wegen Aufruhrs, die Verstärkung des römischen Joches und den Ruin des jüdischen Volkes zur Folge haben. Besser aber, meinte der Hohepriester Kaiphas, von den im Altertum geltenden, oft ebenso zweckwidrigen wie derben Grundsätzen konservativer Politik ausgehend,[48]) ein Mensch sterbe, denn daß das ganze Volk verderbe.[49])

Das war auch die Ansicht der gesamten Priesterpartei, die, geistigen Volksbewegungen abhold und verachtungsvoll gegenüberstehend, die religiösen Enthusiasten zu unterdrücken suchte, weil sie deren Wirken eine politische und den Römern gegenüber revolutionäre Tendenz unterlegte und in ihrem Egoismus aus einem Einschreiten Roms vor allem die Zerstörung des Tempels, der Quelle ihrer Reichtümer und Ehren, befürchtete. In Übereinstimmung mit dem offiziellen Priestertum, das von enthusiastischen Bewegungen wenig begriff, um so mehr aber den Blick auf die politische Macht, mit der es eng verbunden war, gerichtet hatte, und unter bemerkenswerter Hervorhebung des konservativ-politischen Moments beschloß dementsprechend die Versammlung — gewissermaßen aus Notwehr — Jesu Tod, d. h. zunächst wohl nur die Anklage oder die Eröffnung des Strafverfahrens und die Verhaftung wegen eines todeswürdigen Verbrechens. Denn man mag zwar darüber einig gewesen sein, daß Jesus zum Tode zu verurteilen sei; daß aber damals schon das Todesurteil formell und definitiv beschlossene Sache gewesen, ist kaum glaublich, da es ja dann jeder formellen Voraussetzung entbehrte und das weitere Prozeßverfahren gegenstandslos war und nur zum Scheine, nicht zur Erforschung der Wahrheit erfolgte.

Die Ratsversammlung der Synedristen soll etwa Mitte Februar oder Anfangs März gewesen sein.[50]) Von dem Tage an ratschlagten sie, wie sie ihn griffen und töteten.[51]) Da er sich nicht mehr überall zeigte,[52])

---

wissenschaft, der Theologie, der Rechtsspruch ein religiöser Akt. — Daneben bestanden in Jerusalem zwei kleinere Gerichtshöfe mit je 23 Richtern. Im übrigen hatte jeder jüdische Ort sein Gericht und zwar ausschließlich Kollegialgerichte von 3 bezw. 23 Mitgliedern je nach der Größe des Ortes; das Einzelrichtertum ist dem jüd. Recht fremd. Mischna IV, 9 (capita patrum) IV, 8; IV 4 (Sanhedr.) I, 6; III, 5 (Sotah) IX, 1; 5 Mos. 16, 18; 17, 9; 19, 13; 21, 19; 22, 18. Schürer II 2. Aufl. S. 142 f., 3. Auf. S. 187 f.; Jost I S. 273 ff.; Saalschütz S. 599, Duschak S. 54 f., Vargha S. 5. Vorsitzender des großen Synedriums war der jeweils fungierende Hohepriester, der z. Zt. der Römerherrschaft zugleich an der Spitze der politischen Gemeinde, der einheimischen Landesregierung stand; Schürer II 2. Aufl. S. 156 ff., 3. Aufl. S. 203 ff. Abw. Frankel, Gerichtl. Beweis S. 68, 69 f. N. *) (96 N. ††), Grätz, Gesch. d. Juden III S. 243, J. Langen, Die letzten Lebenstage Jesu, 1864, S. 232. Die Gerichtsmitglieder, die Ältesten bestanden in der röm. Zeit teils aus dem sadduzäisch gesinnten priesterlichen Adel, teils aus den pharisäischen Schriftgelehrten; Schürer II 2. Aufl. S. 151 ff., 3. Aufl. S. 197 ff. Später wurden die Leviten als berufsmäßige Rechtsweiser herangezogen; Frankel S. 84; Saalschütz S. 602 N. 767.

[48]) Insbes. ist es der Morgenländer, der, von Natur der Gewohnheit streng ergeben, am ererbten Herkommen hängt, sich gegen jede Neuerung und den geringsten Eingriff in das Bestehende sträubt. Nur plötzliche und gewaltsame Stürme oder die großartig einwirkende Kraft eines hervorragenden Geistes vermag ein morgenländisches Volk aus seiner trägen Beharrlichkeit aufzurütteln, aus seinem alten Geleise herauszureißen und in eine andere Bahn zu lenken. Vgl. Jost I S. 293 f.

[49]) Joh. 11, 49 f.; 18, 14.

[50]) So nimmt Renan S. 266 an.

[51]) Joh. 11, 53, Matth. 26, 4.

[52]) Joh. 11, 54.

mußten besondere Anstalten getroffen werden, um seiner habhaft zu werden. Sie ließen deshalb ein Gebot ausgehen, so jemand wüßte, wo er wäre, daß er es anzeigte, damit sie ihn griffen;[53]) auch eine Belohnung wurde, wovon Johannes allerdings nichts erwähnt, auf die Ergreifung ausgesetzt (Judaslohn).[54]) Da Ostern nahte, rechnete man damit, daß Jesus der Gewohnheit gemäß nach Jerusalem kommen werde, um hier das (Passah-) Fest zu feiern;[55]) hier hatte dann die hierarchische Partei ihn allerdings im Mittelpunkt ihrer Macht, um ungesäumt und ungehindert gegen ihn vorgehen zu können.

Dies geschah. Nach seinem glänzenden, vom Jubel des Volkes begleiteten, einem fürstlichen Triumphe gleichenden Einzug und Empfang in Jerusalem[56]) und seiner — mit Opferwesen und Tempelsteuer eng zusammenhängenden altjüdischen Sitten empfindlich nahe tretenden — Tempelreinigung,[57]) worauf er im Gefühl eigener Machtvollkommenheit trotz der Zuredestellung durch Mitglieder der Hierarchie[58]) wiederholt in öffentlichen, seine Anhänger begeisternden, seine Gegner beschämenden Reden die herrschende Partei der Pharisäer und Priester aufs schärfste angriff und deren Heuchelei, Hochmut und Habgier schonungslos aufdeckte, ihnen Respekt und Glauben an die Dauer ihrer gottwidrigen Herrschaft kündigte und das Volk aufforderte, sich von ihnen und ihrer Bevormundung abzuwenden,[59]) wurde Dienstags[60]) oder Mittwochs[61]) vor Ostern bei Kaiphas neue Beratung gepflogen. Man beschloß zwar die alsbaldige Inhaftnahme Jesu, aber „nicht aufs Fest!“ Diese Worte bei Matth. 26, 5 und Mark. 14, 2 deuten auf die anfängliche Absicht, die Festzeit erst vorübergehen zu lassen und die ganze Aktion bis zum Abzug der Festgäste zu verschieben, um Aufsehen oder gar einen Volkstumult zu vermeiden, da eine gewaltsame Verhaftung Jesu unter der Masse ihm günstiger Festbesucher leicht einen Aufstand erregen könnte.[62]) Aus dem gleichen Grunde wollte man sich seiner nicht am hellen Tag in der Nähe des Tempels, vermutlich wegen des aner-

---

[53]) Joh. 11, 57.

[54]) Matth. 26, 15; Zach. 11, 12 f.; 2 Mos. 21, 32.

[55]) Joh. 11, 55 f. Da Jesus nach den andern anlangte, glaubten seine Feinde schon, sich in der Hoffnung auf seine Gefangennahme getäuscht zu haben.

[56]) S. oben; nach Jost I S. 403, Rosadi S. 159 Sonntags (Palmsonntag) vor dem Passahfest, nach Keim III S. 505 Freitags (S. 96 Donnerstags nachmittags) vor dem Palmsonntag. Hieran hat Reimarus die Beschuldigung eines politischen Attentats geknüpft, durch das sich Jesus unter dem Beistande des Volks zum Herrscher habe aufwerfen wollen, während andererseits die Geschichtlichkeit des Vorgangs bezweifelt und die Erzählung teils aus der von Matth. 21, 5 und Joh. 12, 15 angeführten Weissagung des Zacharias 9, 9, teils aus der Absicht eines Gegensatzes zu dem kriegerischen Einzug des apokalyptischen Christus (Offenb. 19, 11 ff.) abgeleitet wurde. Eine politische Beziehung ist aber in dem jede Gewalt ausschließenden Einzug eines Unbewaffneten auf dem Friedens-Tier mit Unbewaffneten schwerlich zu finden. Strauß I S. 352 f., Krit. I §§ 64 f., Keim III S. 84 f.

[57]) Matth. 21, 12 f.; Mark. 11, 15 ff.; Luk. 19, 45 f. Vgl. Joh. 2, 14 ff. Strauß, Krit. I § 87; Keim III S. 97 ff. Nach Matth. und Luk. fiel die Tempelreinigung auf den Einzugstag, nach Mark. auf den folgenden Tag. Joh. verlegt sie gar auf das erste Passahfest und den Anfang der Wirksamkeit Jesu. Keim III S. 106 ff.

[58]) Matth. 21, 23, Mark. 11, 27, Luk. 20, 1; vgl. Joh. 2, 18, Keim III S. 111 ff.

[59]) Matth. 21, 31 ff., 23, 1 ff. Keim III S. 164 ff.

[60]) So Keim III S. 238; S. 504 dagegen ist er eher für Mittwoch.

[61]) So Renan, Rosadi l. c.

[62]) Matth. 26, 2 ff., Mark. 14, 1 f., Luk. 22, 1 f. Keim III S. 241.

kannten Asylrechts auch nicht im Tempel bemächtigen, wohin er täglich kam.[63]) Das Anerbieten eines seiner Jünger aber, seine Verhaftung ohne Schwierigkeit und Aufsehen zu ermöglichen, hatte eine teilweise Änderung des ursprünglichen Planes und den neuerlichen Beschluß des hohen Rates zur Folge, den Beschuldigten sofort und ohne Aufschub noch vor dem Freitag abends beginnenden eigentlichen Hauptfest in Haft nehmen zu lassen.[64])

Ob man bei dieser Beratung und Beschlußfassung oder bei der früheren nur von Joh. erwähnten Ratsversammlung an ein vollständiges Synedrium von 71 oder 23 Mitgliedern oder — nach Keim III S. 239[65]) — nur an eine freie Vereinigung der angesehensten Männer aus den Hohenpriestern, Schriftgelehrten und Volksoberen, wie man solche auch sonst bis zu den Zeiten des letzten jüdischen Kriegs in kritischen Lagen zusammentreten und Beschlüsse fassen sieht, zu denken hat, ist aus den Quellen allein nicht mit Sicherheit zu entscheiden. Immerhin deuten die Umstände unbedingt darauf hin, daß die oberste jüdische Behörde Jerusalems als solche, also mindestens ein Synedrialausschuß von 23 Personen, zusammentrat und Beschluß faßte. Diese Mindestzahl der Synedristen ist zur Gültigkeit der Beschlüsse erforderlich und genügend.[66])

§ 3.

Die Verhaftung.

Der Verrat Judas Ischarioths (von Kerioth), der Jesu Aufenthalt zur Kenntnis der Behörde brachte und damit die Vollziehung des Haftbefehls ermöglichte,[67]) während die Erlassung desselben nicht erst durch Judas' Denunziation veranlaßt worden war, führte in dem umzäunten Garten eines kleinen Landguts Namens Gethsemane,[68]) vermutlich einer Ölpresserei, im Kidrontal am Ölberg — wahrscheinlich in der Nacht[69]) vom Donnerstag auf Freitag, 5./6. April des Jahres 30 unserer Zeitrechnung[70]) — zur Verhaftung Jesu. Sie geschah nicht, was übrigens nicht undenkbar wäre, auf alleinigen Befehl des Hohenpriesters, sondern auf

[63]) Matth. 26, 55, Mark. 14, 49, Luk. 22, 53.

[64]) Strauß Krit. II § 116 a. A.; Keim III S. 251 ff.

[65]) Ähnlich Paulus, Ex. Handb. III 2, 462.

[66]) Maimon. Sanh. c. 3. Non deficiat quid de numero viginti trium considentium continuo per totum tempus sessionis. Bei 23 ist Vollzähligkeit im mindesten Maß vorhanden.

[67]) Matth. 26, 14 ff.; Mark. 14, 10 f.; Luk. 22, 3 ff.; Joh. 12, 4; 13, 2; 18, 2 ff. Ap. Gesch. 1, 16. Renan S. 273 f., Strauß I S. 345 f., 355 f., II S. 283 ff., Krit. II §§ 116 f., Keim III. S. 242 ff.

[68]) Matth. 26, 36; Mark. 14, 32; Luk. 22, 39; Joh. 18, 1.

[69]) Matth. 26, 31; Mark. 14, 27; Joh. 13, 30.

[70]) So H. Achelis, Ein Versuch, den Karfreitag zu datieren. Nachr. v. d. Kgl. Ges. der Wissensch. zu Göttingen, 1902, phil.-histor. Kl. S. 707 ff.; Schürer l. c. I 2. Aufl. S. 368 f., 3. und 4. Aufl. S. 444 f., R. von Mayr l. c. S. 273. — Die Annahmen der Forscher bewegen sich zwischen den Jahren 29—36. Das Jahr 29 nehmen u. a. an: Zumpt, Das Geburtsjahr Christi, Lpz. 1869; Rosadi S. 1, 158 f. (6/7. April); das Jahr 33: Renan S. 268, 305; Ewald, Michaelis, Grätz, Volkmar; das Jahr 35: H. Sevin, Zur Chronol. des Lebens Jesu nach den Synoptikern, 1870; Keim I 1867 S. 35 unten, 398 unten, 630, II 1871 S. 336 und insbes. III 1872 S. 458 ff., 493, 501 (woselbst S. 501 N. 2 und 502 N. 1 die verschiedenen Ansichten aufgezählt sind); das Jahr 36: Hitzig, Gesch. des Volkes Israel pp. II 1869 S. 567 ff.

Anordnung des großen Synedrions oder hohen Rats,[71]) des zuständigen jüdischen Gerichts. Dessen Beschlusse gemäß handelte der den Vorsitz führende Hohepriester, wenn er den Haftbefehl an die ihm deshalb zur Verfügung stehende Polizeimannschaft zum unmittelbaren Vollzug weitergab.

Was die Kompetenz dieses Gerichts anlangt, so war sie im wesentlichen nur örtlich,[72]) z. Zt. Christi auf die 11 Toparchien[73]) des eigentlichen Judäa beschränkt, so daß ihm auch Christus von da an unterstand, als er Galiläa verließ und nach Judäa kam.[74]) Wäre er, wie nicht, röm. Bürger gewesen, dann unterstand er dem jüdischen Gericht nicht;[75]) da er auf Leib und Leben angeklagt war, auch nicht der Jurisdiktion des röm. Prokurators, sondern mußte — wie später der Apostel Paulus — auf sein Verlangen zur Aburteilung nach Rom an das Kaisergericht geschickt werden.[76])

Die Verhaftung erfolgte durch eine Abteilung jüdischer Tempelsoldaten — einer Art Polizeimannschaft, die die priesterliche Behörde noch halten konnte, — und Gerichtsdiener unter Judas' Führung, da dieser Jesu Aufenthalt kannte. Daß hierbei auch eine Abteilung des damals zu Jerusalem in Garnison liegenden römischen Militärs[77]) mitgewirkt[78]) und so einer zunächst rein jüdischen Aktion ohne weitcres, insbesondere ohne Genehmigung, gar ohne Kenntnis des beim Fest anwesenden Proku-

---

[71]) Matth. 26, 47; Mark. 14, 43; Joh. 18, 3, 12. Philippson a. a. O. und ihm folgend Vargha S. 14 f. meinen irrigerweise, daß es bloß die römische Behörde war, die Jesus aus politischen Gründen unter dem Titel des Hochverrats und Aufruhrs durch Auflehnung gegen die röm. Staatsgewalt auf Denunziation jüdischer Priester gefangen nahm.

[72]) In sachlicher Beziehung waren zwar Prozesse um Leib und Leben den mittleren Gerichten von 23 Mitgliedern vorbehalten, aber jedes Gericht konnte schwierige Rechtssachen vor das große Synedrion nach Jerusalem verweisen, ohne daß sonst ein Instanzenzug stattfand. Mischna IV 4 (Sanhedrin) I 4, 5; Moses II 18, 22, 26; V. 17, 8 f.; 21, 28; 22, 13; 25, 2. Jos. Antiqu. IV. 8 § 14. Auch der Angeklagte konnte, sobald ein Zweifel über die Interpretation eines Gesetzes entstand, die Einholung der Entscheidung des großen Rates verlangen.

[73]) *Τοπαρχίαι* oder *κληρουχίαι*; Schürer II 2. Aufl. S. 137 ff., 3. Aufl. S. 181 ff.

[74]) Schürer II 2. Aufl. S. 142, 158 f., 3. Aufl. S. 187, 206 f. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Haftbefehl des großen Synedriums auch außerhalb Judäas vollzogen worden wäre. Vgl. hierüber Schürer II 3. Aufl. S. 206 N. 63 gegen O. Holtzmann, Zeitschr. f. Kirchengesch. XIV 1894 S. 495 ff.

[75]) Dies traf z. B. bei dem Apostel Paulus zu. Daher wurde in diesem Falle Verwahrung gegen die Zuständigkeit des jüdischen Gerichts eingelegt. S. folg. Note.

[76]) Paulus, Sent. R. V, 26, 1; D. 48, 6, 7; Dio Cassius 64, 2; Plin. ad Traj. 96, 4; Ap. Gesch. 22, 24 ff.; 25, 10 ff.; 26, 32; Jost I S. 416, 430 f., Schürer I 2. Aufl. S. 390 f., 3. und 4. Aufl. S. 467 f.; Mommsen, Röm. Staatsr. II 1 S. 244 ff.; II 3 S. 269; Strafr. S. 242 f.; Die Rechtsverhältnisse des Apostels Paulus, Zeitschr. f. d. neutestamentl. Wissensch. II (1901) S. 90 ff. — Erst vom 3. Jahrh. an werden die plebeii oder humiliores (im Gegensatz zu den honestiores) gleich den Nichtbürgern dem Schwertrecht der Statthalter unbedingt unterworfen; Mommsen, Strafr. S. 245.

[77]) Ap. Gesch. 21, 31 ff.; 23, 10; Jos. Bell. Jud. 6, 6.

[78]) So im Hinblick auf Joh. 18, 3, 12, der die Verhaftenden *σπεῖραν καὶ ἐκ τῶν Φαρισαίων ὑπηρέτας* und den Anführer *χιλίαρχος* nennt, während sie bei Matth. 26, 47, Mark. 14, 43 und Luk. 22, 47 als *ὄχλος* bezeichnet werden: Walther S. 43 f. (gegen Steller, Pil. def. C. 3 N. 27 und 73) und im Anschluß hieran J. Langen, Die letzten Lebenstage Jesu, 1864 S. 217, der meinte, daß die Provinzialen ohne Zuziehung röm. Behörden niemand verhaften durften (s. hierüber unten!); Strauß II S. 299, Krit. II § 125 zu N. 1 S. 500; Renan S. 281; wohl auch Jost I S. 404 oben. Weitere Zitate bei Keim III S. 312 N. 2, 313 N. 1.

Digitized by Google

rators zur Verfügung gestanden, ist nicht anzunehmen.[79]) Die Römer werden mit der Sache erst in deren späterem Verlaufe befaßt; selbst nach Joh. 18, 29 ff. erscheint Pilatus, als Jesus vor ihn gebracht wird, dem Vorausgegangenen gegenüber noch völlig unwissend und jedenfalls unbeteiligt.[80])

Wenn gegen die Zulässigkeit und Gesetzmäßigkeit dieser Verhaftung neuerdings wieder eingewendet wird,[81]) daß in der röm. Provinz nur die röm. Behörde die Befugnis hatte, den eines Kapitalverbrechens Verdächtigen verhaften zu lassen, so ist darauf hinzuweisen, daß die röm. Behörde zwar jederzeit aus eigener Initiative eingreifen und selbständig verfahren konnte, wie dies z. B. bei der Gefangennahme Pauli geschehen, die jüdische Behörde aber auch nach der Einverleibung Judäas in das röm. Reich die Kriminaljurisdiktion und Polizeigewalt über die Einheimischen, anscheinend sogar in Kapitalsachen nach jüdischem Gesetz, behielt,[82]) wie im allgemeinen Zivil- und Kriminaljurisdiktion über Nichtbürger in den röm. Provinzen den einheimischen örtlichen Behörden belassen wurde.[83])

Das Synedrium war also berechtigt, selbständig und ohne Mitwirkung oder Genehmigung der röm. Behörde durch seine Organe die Verhaftung vornehmen zu lassen, wie dies auch in anderen Fällen geschehen ist.[84])

Es wird ferner behauptet, daß die Verhaftung auch dem jüdischen Gesetz nicht entsprochen habe, da einem gesetzlichen Haftbefehl gegenüber nicht ein Begleiter Jesu straflos hätte Widerstand leisten dürfen,[85]) wie dies tatsächlich — und zwar nach Johannes von Simon Petrus — geschehen;[86]) allein dieser mochte eben dadurch, daß er die Verhaftung gewaltsam zu hindern suchte und hierbei gar einen Bediensteten des Hohenpriesters verletzte, sich strafbar machen; gerade darum wehrte vielleicht Jesus ab und machte diesem Versuch ein Ende, indem er sich selbst widerstandslos den Häschern auslieferte.[87]) Keinesfalls spricht jener Gewaltakt gegen die Gesetzmäßigkeit der Verhaftung.[88])

---

[79]) Keim III S. 310 ff., Schürer II 3. Aufl. S. 209 N. 71, Mommsen, Röm. Strafr. S. 240 N. 2, Rosadi S. 164 ff., R. v. Mayr S. 273 N. 7.

[80]) Keim III S. 313 N. 2.

[81]) Rosadi S. 158 ff.

[82]) Origenes, ep. ad Africanum cap. 14

[83]) Cic. Verr. 5, 62. Mommsen, Röm. Staatsr. II 3 S. 268 f., III 1 S. 744 ff., Strafr. S. 120 N. 1, 235 f., 239, 943 f.; Geib, Geschichte des röm. Kriminalprozesses 1842 S. 239 f., 249, 471 ff.; Walter, Gesch. des röm. Rechts I S. 236; Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht pp. 1891 S. 91 f., 167; Liebenam, Städteverwaltung im röm. Kaiserreiche, Lpz. 1900, S. 485 f.; Schürer I 2. Aufl. S. 389, 401 f., 3. und 4. Aufl. S. 466, 480 f., II 2. Aufl. S. 159 ff., 3. Aufl. S. 207 ff., v. Mayr S. 285 f., 291. Doch konnte der Statthalter jederzeit in außerordentlichen Fällen das Verfahren an sich ziehen, was schon unter Augustus zur Regel wurde, oder den Angeklagten, was bei Peregrinen nur ausnahmsweise geschah, zur Aburteilung nach Rom senden. Ap. Gesch. 27, 1; Josephus, vita 3; Ant. 20, 6, 2; 8, 5; Bell. Jud. II 12, 6; 13, 2; Tacitus, Ann. 3, 68; Seneca, de ira 2, 5; Mommsen, Staatsr. II 3 S. 268 f., Strafr. S. 145 f., 238 ff.

[84]) Ap. Gesch. 4, 3; 5, 17 f.

[85]) Rosadi S. 170 ff.

[86]) Matth. 26, 51; Mark. 14, 47; Luk. 22, 50; Joh. 18, 10. Strauß II S. 301 f., Keim III S. 315 f.

[87]) Matth. 26, 52 ff.; Luk. 22, 51; Joh. 18, 11.

[88]) v. Mayr S. 292.

Die Verhandlung vor dem jüdischen Gericht.

§ 4.

Die weiteren den Prozeß Jesu bildenden Ereignisse wickelten sich in rascher Aufeinanderfolge ab und füllten nur wenige, kaum die nächsten 12 Stunden aus.[89])

Der verhaftete Beschuldigte wurde nach jüdischem Prozeß nicht eingekerkert und geheimen inquisitorischen Vernehmungen unterzogen, sondern sofort nach seiner Festnahme vor das erkennende Gericht gestellt.[90])

Dementsprechend brachte die Eskorte den Gefangenen gefesselt[91]) zur Stadt und noch in derselben Nacht vor die jüdische Behörde, nach Joh. 18, 13 zunächst zu Hannas,[92]) dem Schwiegervater des Hohenpriesters Kaiphas, nach den Synoptikern[93]) sogleich vor letzteren, der nach alter Vermutung im gleichen Hause gewohnt haben soll.

In der Verhandlung vor dessen — wie erwähnt, örtlich und sachlich zuständigem — Tribunal, dem großen Synedrion, ruht jedenfalls das Schwergewicht des jüdischen Verfahrens gegen Jesus. Denn auch Johannes läßt das vielfach als unglaubwürdig angezweifelte[94]) Verhör vor Hannas,[95]) der vielleicht Kaiphas' Stellvertreter oder Vorsitzender eines der beiden kleineren Synedrien in Jerusalem, nicht etwa mit der Vor-

---

[89]) Vgl. unten (Schluß).

[90]) Frankel S. 235 f., Vargha S. 8. Ausnahmsweise Untersuchungshaft s. Mos. III 24, 12; IV 15, 34; Ap. Gesch. 12, 3 ff.

[91]) Joh. 18, 12, 24. — Matth. 27, 2 und Mark. 15, 1 erwähnen die Fesselung erst nach der Aburteilung durch das Synedrium bei der Übergabe an Pilatus. Keim III S. 315 N. 3 schließt daraus, daß Jesus vorher nicht gefesselt war. Luk. erwähnt die Fesselung überhaupt nicht. Über die Fesselung Verhafteter sind im jüdischen Recht strikte Vorschriften nicht bekannt; sie bildete wohl lediglich eine Ermessensfrage. Walthers (S. 79 f.) Tadel, daß Christus ante cognitionem causae et condemnationem gebunden worden, entbehrt daher der rechtl. Begründung. Daß Jesus bei seinen richterl. Verhören wie z. B. Paulus von den Fesseln befreit wurde, ist nicht ausdrücklich überliefert. S. dagegen Ap. Gesch. 22, 30.

[92]) Hannas, Hanna, Hanan, Annas oder Ananos war der Sohn Seths, ein alter abgesetzter Hohepriester, der bei dem häufigen Wechsel des Pontifikats die Autorität behielt und vermöge seines hohen Ansehens und seines großen Einflusses der Führer der Priesterpartei war. Er hatte das Hohenpriesteramt i. J. 6 oder 7 n. Chr. von dem Legaten Quirinius erhalten und verlor es durch den Prokurator Valerius Gratus i. J. 14 oder 15. Trotzdem fuhr man fort, ihn Hohepriester zu betiteln und in wichtigen Angelegenheiten um Rat zu fragen. Luk. 3, 2; Ap. Gesch. 4, 6; Jos. Ant. XVIII 2, 1 f., XX 9, 1; Bell. Jud. V, 12, 2; Schürer II 2. Aufl. S. 171, 3. Aufl. S. 221; Keim III S. 322 und in Schenkels Bib.-Lex. I 135 s. v. „Annas"; Renan S. 264 f. Die tatsächliche Macht Hannas' allein würde freilich noch nicht die Annahme Renans S. 282 rechtfertigen, daß der Haftbefehl vielleicht von ihm gekommen sei.

[93]) Matth. 26, 57, Mark. 14, 53, Luk. 22, 54.

[94]) Keim III S. 322 ff., 357 f., Strauß II S. 307, Krit. II § 126 S. 510 f.

[95]) Joh. 18, 19 ff.: Hannas fragte Jesus nach seiner Lehre und seinen Jüngern. Mit gerechtem Stolz weigerte sich Jesus, weitläufige Erklärungen zu geben. Er berief sich darauf, daß er öffentlich vor der Welt geredet, in der Schule und im Tempel gelehrt und keine Geheimlehre gehabt habe. Er forderte den Exhohenpriester auf, die zu befragen, welche ihn gehört haben. Diese Antwort war ganz natürlich; doch der übertriebene Respekt vor dem alten Hohenpriester ließ sie unbescheiden und kühn erscheinen; einer der Anwesenden soll hierauf mit einem Backenstreich geantwortet haben. Vgl. Ap.-Gesch. 23, 2. Die Berufung auf die Öffentlichkeit seines Wirkens legen die Synoptiker Jesu schon bei seiner Verhaftung in den Mund; Matth. 26, 55, Mark. 14, 48, Luk. 22, 52 f.

Digitized by Google

untersuchung gegen Jesus betraut,[96]) auch nicht der Nasi war, den man damals nicht kannte, ohne Urteilsspruch mit der Verweisung der Angelegenheit an den Hohenpriester Kaiphas enden, und man darf wohl annehmen, daß die Synoptiker die Verhandlung vor Hannas, wenn sie stattgefunden, nur, weil irrelevant für den weiteren Gang der Ereignisse, mit Stillschweigen übergangen haben. Auffallend bleibt hier allerdings, daß Johannes über die entscheidende Verhandlung vor dem eigentlichen Hohenpriester, zu dem er Jesus von Hannas aus geführt werden läßt, mit einer summarischen Angabe hinweggeht,[97]) die mit der Annahme, Johannes sei nur bei dem Verhör des Hannas, nicht aber bei Kaiphas zugegen gewesen[98]) oder habe vermöge seines Ergänzungszwecks das von den Synoptikern übergangene Verhör vor Hannas nachgeholt, das von Kaiphas aber übergangen, weil es von seinen Vorgängern ausführlich genug beschrieben, allein nicht gerechtfertigt erscheint.

Willkürlich und durch nichts begründet ist die Annahme, als ob es sich bei Hannas lediglich um ein Privatverhör handle.[99]) Da die Kompetenz der einzelnen Gerichtshöfe nicht scharf gegen einander abgegrenzt war und die kleineren Synedrien Strafsachen komplizierter oder sonst schwieriger Art vor das große Synedrion verweisen konnten,[100]) so erscheint es möglich, daß eines der beiden kleinen Synedrien unter Hannas Vorsitz die Sache an das große Synedrion ohne weiteres abtrat, zumal gegen einen falschen Propheten nur dieses zum Einschreiten berufen war,[101]) wenn auch gegen Jesus, wie das weitere Verfahren zeigt, in der Hauptsache nur Gotteslästerung und Verführung in Frage stand.[102]) Die Nichterwähnung der Beisitzer des Hannas bei Johannes steht der Annahme, daß solche anwesend waren, schon deshalb nicht entgegen, weil dieser auch deren Anwesenheit bei dem Verhör vor Kaiphas mit Stillschweigen übergeht.[103])

Keinesfalls kann damit, daß Jesus in Vollzug des Haftbefehls zunächst vor Hannas statt vor den Hohenpriester Kaiphas und dessen Tribunal gebracht wurde, ein stichhaltiger Einwand gegen die Gesetzmäßigkeit der Inhaftnahme erhoben werden.

Daß des Hohenpriesters Kaiphas Tribunal das große Synedrium war, bezweifeln die meisten Anhänger der Inkompetenztheorie,[104]) da die

---

[96]) Voruntersuchung oder eine ähnliche Einrichtung waren dem jüdischen Strafprozeß fremd.

[97]) Strauß II S. 307 f. und Krit. II § 126 S. 508 f., Keim III S. 322, 357 f.

[98]) Schleiermacher, Leben Jesu S. 427.

[99]) So Schürer II 2. Aufl. S. 157, 3. Aufl. S. 204; Langen, Die letzten Lebenst. Jesu, 1864.

[100]) S. oben.

[101]) Maimonides Sanhedr. V 1, Schürer II 2. Aufl. S. 159, 3. Aufl. S. 207. Daher Luk. 13, 33 f.

[102]) v. Mayr S. 293.

[103]) Joh. 18, 19, 24. v. Mayr S. 293 N. 3.

[104]) Jost I S. 280 f., 404, 408, Philippson 1. c., S. Mayer S. 426, Vargha S. 14 f. Vgl. dagegen insbes. Keim III S. 346 ff. — Jost I S. 281, 404 N. 2 meint mit Unrecht, *τὸ συνέδριον ὅλον* bei Matth. 26, 59, Mark. 14, 55; 15, 1 bezeichne nicht eine gesetzl. Behörde, das große Synedrium, sondern nur eine Versammlung, die unbefugt sich als Gericht gebahrte, was auch aus Matth. 27, 1, Mark. 14, 53, 55; 15, 1 hervorgehe. Matth. 5, 22 (*ἔνοχος ἔσται τῷ συνεδρίῳ*), wo *συνέδριον* allgemein Gericht — hier speziell ein Dreimännergericht — bedeutet, steht sicherlich nicht entgegen. Grätz III S. 243 meint wegen des Vorsitzes des Hohenpriesters statt des Synedr.-Präsidenten aus dem Hillelhaus, es sei nur der Gerichtshof der 23 gewesen.

Digitized by Google

Evangelisten es nicht ausdrücklich hervorheben und der aus Ap. Gesch. 5, 34 ff. (*22, 3*) bekannte gelehrte und einflußreiche Gamaliel neben Johannes, Sakkais Sohn, auch in dem über Jesus urteilenden Synedrium hätte sitzen müssen und wohl auch für ihn seine aufgeklärten Grundsätze wie wenige Jahre später zugunsten der als Pseudopropheten und Volksverführer angeklagten Apostel Petrus und Johannes geltend gemacht haben würde. Allein letzteres ist — abgesehen davon, daß das Evang. Nicod. unter 10 Anklägern auch Gamaliel nennt — nichts als eine spekulative Vermutung; im übrigen ist es schlechterdings unglaublich, daß sich eine Rotte fanatischer Priester erlaubt haben sollte, in der Wohnung eines der ihrigen nächtlich ein formloses und widerrechtliches Gericht zu halten, ein Urteil zu fällen und eine röm. Behörde um dessen Vollzug zu ersuchen, und daß dann tatsächlich ein röm. Prokurator den Prozeß aus der Hand einer gänzlich unberechtigten, zunächst auch durch keine starke Volksbewegung unterstützten Versammlung ohne Widerrede annahm und zur Begehung eines Mordes die grausamen Häscher lieh. Solche gemeine, charakterlose Rechtsbeugung eines in Judäa ohnehin nicht beliebten röm. Beamten, gegen die sich Jesu Freunde leicht wenden konnten und zweifelsohne zusammengeschlossen hätten, wäre sicherlich nicht unbekannt und ungestraft geblieben.

Das Verfahren vor den jüdischen Gerichten war dem Akkusationsprinzip entsprechend öffentlich[105]) und mündlich.[106]) Die Gerichtsverhandlungen wurden zumeist unter freiem Himmel am oder im Stadttore gehalten, das auch der Zusammenkunftsort der Müßigen und der Schauplatz des öffentlichen Verkehrs war.[107]) Doch war der Ort der Sitzungen wechselfähig. Das große Synedrium pflegte nach Jos. Bell. Jud. V 4, 2, VI 6, 3, ohne daß die Örtlichkeiten genau zu bestimmen wären, sich am Tempelberg in der Nähe des sog. ξυστός zu versammeln, nach den Talmudisten ursprünglich im inneren Vorhof des Tempels, später in den Tabernen (Chanujot) im äußeren Vorhof.[108]) Der Talmud redet auch von Tabernen oder Wohnungen der Söhne Hannas, d. h. der sadduzäischen Hohenpriester, und setzt deren langjähriges Bestehen im Bereiche des äußeren Vorhofs voraus, bis sie 3 Jahre vor dem Tempelbrand durch Feuer zerstört wurden. Darnach wären für diese Zeit Synedrialgebäude und hohepriesterlicher Palast entweder identische oder wenigstens nahe beisammen gelegene[109]) Räumlichkeiten des äußeren Vorhofs. Wenn nun im Prozeß Jesu das Synedrium nach den Quellen sich im Palaste des Hohenpriesters mit Zulassung der Öffentlichkeit versammelte, so war dies nach dem Gesagten, wie auch die Evangelien sich über den Versammlungsort nicht aufhalten, nichts Besonderes. Möglicherweise aber ist darin eine Ausnahme von der Regel zu erblicken, zu der man durch

---

[105]) 2. Mos. 18, 13. Der Ausschluß der Öffentlichkeit in einzelnen Fällen kommt zuerst im talmudischen Strafprozeß vor, so bei der Verhandlung wegen Gotteslästerung, da niemand die Lästerung hören sollte, wenn er nicht als Zeuge von ihr Kenntnis hatte. S. Mayer S. 417 N. 19.

[106]) 5. Mos. 25, 7 ff., 1. Kön. 3, 16 ff., Saalschütz S. 595 N. 762, Frankel S. 67, 71, 74, 92 f.

[107]) 5. Mos. 21, 19; 22, 15, 24; 25, 7; 16, 18. Saalschütz S. 593, Frankel S. 66 f., Vargha S. 6 § 4, S. 8 § 5.

[108]) Vgl. Grätz III S. 493, Keim III S. 351 f., Schürer II 2. Aufl. S. 162 ff., 3. Aufl. S. 211 f. und die dort zit. Lit.

[109]) Ähnlich Keim III S. 352, 353 N. 4.

die nächtliche Stunde genötigt war.[110]) Diese Ausnahme fiele aber um so weniger auf, als sie in der jüdischen Rechtsgeschichte nicht allein dastcht.[111])

Die Verhandlung konnte jederzeit, nur nicht (was übrigens bestritten) am Sabbath oder an Festtagen, stattfinden.[112]) Da sie eine Kapitalsache betraf, mußte sie bei Tag begonnen und noch bei Tag beendet werden: Judicia capitalia agitantur interdiu et absolvuntur interdiu.[113])

Was nun diesen Punkt, die Zeit der Hauptverhandlung, anlangt, so fand Jesus nach Matth. *26*, 57 und Mark. 14, 53 nachts bei seiner Ankunft im Palast des Hohenpriesters Kaiphas seine Richter, die Schriftgelehrten und Ältesten, bereits versammelt, um sogleich in die Verhandlung einzutreten. Joh. 18, 19 spricht zwar ebenfalls von einem nächtlichen Verhör, gedenkt aber nicht der Anwesenheit des hohen Rats. Luk. *22*, 54, 61, 63—66 läßt Jesus während der Nacht nur im Palaste des Hohenpriesters verwahrt und von der Dienerschaft mißhandelt werden und das Synedrion mit Tagesanbruch zusammentreten. Da aber Luk. *22*, 52, 54 erwähnt, daß die Hohenpriester und Ältesten bei Jesu Verhaftung zugegen waren und ihm in den Palast des Hohenpriesters folgten, ist wohl auch sein Bericht im Sinne des von Matth. *27*, 1 und Mark. 15, 1 ebenfalls erwähnten — nach Keim III S. 351 im offiziellen Gerichtssaal, im Bet Din, nicht mehr im Haus des Kaiphas erfolgten — Wiederzusammentritts der Synedristen am folgenden Morgen zu verstehen.[114])

Hiernach fand die Verhandlung in der Nacht statt und endete etwa gegen Morgen — eine Unregelmäßigkeit, die sich aus dem Bestreben der jüdischen Behörde erklärt, keine Zeit zu verlieren, das Verfahren angesichts des Osterfestes zu beschleunigen und vor dem Hauptfesttag noch zu erledigen,[115]) dadurch aber nicht gerechtfertigt wird, sondern im Hinblick auf die dem Fall innewohnende und beigemessene Bedeutung bedenklich war. Diese Verletzung einer Vorschrift über die Verhandlungszeit hat freilich Nichtigkeit des Verfahrens wohl nicht bewirkt; hierfür fehlen wenigstens alle Anhaltspunkte.[116])

§ 5.

Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht beginnt prozeßordnungsgemäß mit dem Beweisverfahren oder der Beweisaufnahme, dem Aufruf und der Einvernahme der Zeugen, die sich — wie es im Prozeß Jesu anscheinend der Fall war[117]) — freiwillig zum Zeugnis erbieten, einzeln ihr Zeugnis mündlich vor Gericht und in Gegenwart des Ange-

[110]) So Schürer II 2. Aufl. S. 164, 3. Aufl. S. 213.

[111]) Keim III S. 327 N. 3. Abw. Schürer 1. c. N. 87.

[112]) Mischna IV 4 (Sanhedrin) IV 1 a. E.; II 7 (Bezah) V, 2; II 11 (Moëd katon) V, 2. Ap. Gesch. 12, 3 f. Schürer II 2. Aufl. S. 162, 3. Aufl. S. 210 f.; Saalschütz S. 593 N. 759. Beim Passahfest konnten an den 5 mittleren weniger feierlichen Tagen Verurteilungen und Hinrichtungen stattfinden, nicht aber am ersten und letzten Passahtage, die Sabbathsrang hatten.

[113]) Mischna IV 4 (Sanhedrin) IV 1. Vgl. Ap. Gesch. 4, 3.

[114]) Vgl. Keim III S. 326, wo S. 327 zugleich auf die unbestreitbare Möglichkeit, die Gerichtsmitglieder und die vorgemerkten Zeugen in der Nacht zusammen zu bringen; hingewiesen und die Eröffnung der Sitzung nach den Ev. auf etwa 3 Uhr bestimmt wird.

[115]) Vgl. Matth. 26, 5; Mark. 14, 2.

[116]) v. Mayr S. 293.

[117]) Übereinstimmend Michaelis, Mos. Recht V § 299, Saalschütz S. 624.

klagten ablegen müssen.[118]) Wenn das Synedrion nach Mark. 14, 55 Zeugnis (μαρτυρίαν), Matth. 26, 59 zufolge — mit Antizipierung der Charakteristik der nachher auftretenden Zeugen — gar falsches (Belastungs-) Zeugnis (ψευδομαρτυρίαν) wider Jesus suchte, um ihn zum Tode verurteilen zu können,[119]) so mag dies — abgesehen davon, daß die Evangelisten, von der Unschuld Jesu durchdrungen, jedes Anklagezeugnis wider ihn prinzipiell als falsch ansehen — zwar das subjektive Verhalten und Vorurteil der Richter des auf ein Todesurteil steuernden Tendenzprozesses beleuchten, bestätigt aber den objektiven Vorgang des Zeugenaufrufs.

---

[118]) Für die Vernehmung der Zeugen schreibt das talmudische Recht die skrupulöseste Gewissenhaftigkeit vor. Sie mußten vor dem Ewigen die Wahrheit ihrer Angaben verantworten, wenn auch nicht beschwören, mit dem Bewußtsein, daß sie eines falschen Belastungszeugnisses wegen Talion treffen werde, d. i. jene Strafe, der sie ihren Nächsten aussetzten. Vgl. 2 Mos. 20, 7 u. 16; 23, 1 f.; 3 Mos. 5, 1; 19, 12; 5 Mos. 5, 11 u. 20; 19, 16 ff.; Sach. 5, 4; Ps. 15; Mischna IV, 5 (Maccot) c. 1. In diesem Sinne hatte der Vorsitzende jeden Zeugen einzeln vor seiner Vernehmung zu ermahnen und zu verwarnen. Frankel S. 116 ff., 147 ff., 189 ff., 203 ff., 237 ff.; Michaelis, Mos. R. V § 256; Saalschütz S. 561 ff., 566 ff., 597 N. 762. 605 f.; Duschak, Mos.-talm. Strafr. S. 41 ff., 60 ff.; Salvador, hist. II. p. 66; J. Fürst, Das peinl. Rechtsverfahren im jüd. Altertume (Heidelberg 1870) S. 15; S. Mayer S. 368 f., 377 f., 384; Vargha S. 7, 10 f. Daß dies alles im Prozeß Jesu versäumt wurde, wie Keim III S. 329 meint, ist, obschon das Gegenteil nicht überliefert wird, nicht glaublich. — Neben der Zeugenaussage (dem Hauptbeweismittel aller Anklagen) ist, wenigstens im Zivilprozeß, auch der Eid (Reinigungseid) Beweismittel; Mischna IV 4 (Sanhedr.) III 5; Frankel S. 115, 123 ff., 140, 301 f., Saalschütz S. 608 ff., Vargha S. 8 f. Das Geständnis des Angeklagten genügt im Strafprozeß für sich allein regelmäßig nicht zur Verurteilung, am allerwenigsten bei todeswürdigen Verbrechen, weil vermutet wird, daß er lebensmüde und melancholisch sei, sich nach dem Tode sehne und sich nicht selbst töten wolle. 5. Mos. 17, 6; 22. 23 f. Maimonides, Sanhedrin 18 § 6; Frankel S. 174 ff.; Saalschütz S. 438 N. 553, S. 621 f.; Vargha S. 11; Fürst S. 13 f. Man glaubte dem Geständnis nur, insoweit sein Inhalt von 2 Zeugen bestätigt wurde. Mischna IV, 4, Sanhedr. 6 § 2. Angesichts der mangelnden oder doch geringen Beweiskraft eines Geständnisses war die Tortur zur Erzwingung eines solchen dem jüd. Recht unbekannt. — Anders im röm. Strafprozeß: Hier nimmt die Aussage des Beschuldigten unter den Beweismitteln die erste Stelle ein, so daß das Beschuldigtenverhör oft den wesentlichen Prozeßinhalt ausmacht und nach einem Geständnis auf weitere Beweise verzichtet wird. Cic. pro Lig. 1, 2; C. Th. 9, 40, 1; C. 9, 47, 16; Sallust. Cat. 52, 36; Seneca, controv. 8, 1; Quintil. declam. 314; Tertullian apol. 2; Lactantius de mort. persec. 15. Vgl. auch: L. 1 § 17 D. 48, 18. Geib. S. 137, 273 ff., 612; A. W. Zumpt, Der Kriminalprozeß der röm. Republik. Lpz. 1871 S. 178 f.; Mommsen, Strafr. S. 340, 400, 404 f., 430, 437 f.

[119]) Matth. 26, 59 und Mark. 14, 55 stehen nicht in solchem Gegensatz zu einander, wie S. Mayer S. 421 N. 2 anzunehmen scheint. Denn daß Mark. neben den Hohenpriestern und dem ganzen Rat der bei Matth. noch erwähnten Ältesten als Teilnehmer an der Verhandlung nicht ausdrücklich gedenkt, ist kaum mehr als bedeutungsloser Zufall; und wenn nach Mark. das Synedrium bloß Zeugnis (μαρτυρίαν) suchte, so ist dieses Zeugnis im Hinblick auf den folg. V. 56 und den im übrigen übereinstimmenden Wortlaut der beiden Evang.-Stellen wohl auch nur als falsches (ψευδομαρτυρία) i. S. von Matth., d. h. in dem Sinn, daß die Evangelien a priori jedes Zeugnis wider Jesus als falsch betrachten, anzusehen, so daß die Polemik S. Mayers l. c. gegen Strauß mindestens überflüssig war. Saalschütz S. 624 meint, Matth. 26, 59 (wonach der Rat falsches Zeugnis suchte) bilde einen offenbaren Widerspruch mit dem folgenden Vers 60 (daß sie keines fanden, obschon viele falsche Zeugen auftraten): denn wer falsch Zeugnis suche, habe es mit den falschen Zeugen offenbar gefunden. Das ist nicht richtig: Solange die falschen Zeugen nicht übereinstimmen, ist ein beachtliches Zeugnis nach jüdischem Recht eben nicht gefunden; und daß die Zeugenaussagen, soweit sie überhaupt Erhebliches und Belastendes enthielten, nicht übereinstimmten, sehen wir im Folgenden.

Luk. 22, 66 verzichtet auf die Mitteilung dieses Vorgangs und setzt sogleich mit dem Verhör Jesu ein.[120])

Viele Anklagezeugen, worunter jedoch nicht der Verräter Judas, sind bereits aufgetreten, die nach den Evang. falsches Zeugnis gaben, ohne hinreichend Belastendes zu bekunden.[121]) Sie mochten, ohne daß die einzelnen Zeugnisse nur annähernd erhalten oder zu rekonstruieren wären, zum Teil Unerhebliches beibringen, zum Teil und noch mehr, wie Mark. besonders zeigt, Widersprechendes,[122]) also nichts Verwertbares für die Anklage, daher wohl auch in diesem Sinn ψευδομαρτυρία. Schließlich sagen nach Matth. 26, 60 zwei, nach Mark. 14, 57 mehrere Zeugen aus, gehört zu haben, wie Jesus erklärte, er könne oder wolle den Tempel Gottes (sc. in Jerusalem) zerstören und in 3 Tagen wieder aufbauen.[123])

Auch die Aussage dieser Zeugen, die die Äußerung wörtlich im Sinne eines Attentats gegen den Tempel, das Heiligste Israels, auffaßten und den tieferen Sinn der Worte offenbar nicht verstanden, was um so weniger wunder nimmt, als sogar Jesu Jünger mehr denn einmal ihren Herrn mißverstanden haben, beruhte objektiv wohl auf Wahrheit.[124]) Der Vorwurf des Matth. (26, 60) und Mark. (14, 57), daß es lauter falsche Zeugen[125]) bzw. falsche Beschuldigungen waren, will vermutlich, wenn er überhaupt gerechtfertigt ist, nur besagen, daß die Zeugen sich widersprechend die Äußerung Jesu über seine reformatorische Absicht falsch im Sinne einer wirklichen materiellen Zerstörung und Wiedererbauung des Tempels oder eines gewaltsamen Anschlags gegen das bestehende jüdische Religionswesen aufgefaßt und vorgebracht haben[126]) oder — was weniger wahrscheinlich ist — Jesu Worten trotz richtiger Erkenntnis einen anderen, unwahren Sinn unterschoben[127]) oder — wie man ja sogar nach falschen Zeugen suchte — etwa durch Bestechung gewonnen waren.[128]) Es ist nämlich nach der Mischna verboten, sich für Ablegung eines Zeugnisses von den Parteien bezahlen zu lassen; das bezahlte Zeugnis ist ungültig.*) Dafür, daß die Zeugen tatsächlich bestochen waren, fehlt jedoch ein sicherer Anhalt; ein Hinweis auf die angebliche Bestechung Judas' genügte um so weniger, als dieser lediglich die auf die Ergreifung Jesu ausgesetzte Belohnung erhielt, die ihn allerdings zum Verrat veranlaßt haben mag.

Die Zeugen haben auch wohl die Zeugnisfähigkeit besessen.[129])

---

[120]) Anders im Prozeß Stephanus: Ap. Gesch. 6, 13 f.

[121]) Matth. 26, 60; Mark. 14, 56.

[122]) Keim III S. 330 f.

[123]) Matth. 26, 61, (27, 40); Mark. 14, 58, (15, 29). Vgl. hierüber Strauß I S. 273 ff., Krit. II § 112, Keim III S. 331 f.

[124]) Joh. 2, 19 f.; 4, 21 ff. Ap. Gesch. 6, 14; Matth. 24, 2.

[125]) Vgl. Ap. Gesch. 6, 13; Ps. 27, 12.

[126]) Strauß I S. 275, II S. 304 f.

[127]) Strauß l. c.

[128]) v. Mayr S. 294 N. 7.

*) Mischna V 4 Bechor. IV 6; Frankel S. 116, 147 f.: Saalschütz S. 601 N. 766; 607 N. 778.

[129]) Unfähig zum Belastungszeugnis waren — abgesehen von Verwandten — Frauen, Kinder (Knaben vor zurückgelegtem 13. Jahre), Sklaven, übelberüchtigte, unzurechnungsfähige und preßhafte Männer, Heiden (Nichtjuden), sowie zu einer entehrenden Strafe Verurteilte. Zum Entlastungszeugnis aber waren alle Personen zugelassen. Misch. Sanh. II, 2, III, 1, 3, 4; Frankel S. 118 ff., 246 ff., 254 ff.; Saalschütz S. 607 N. 778; Duschak S. 61.

Aber ihr Zeugnis stimmte noch nicht überein.[130]) Zum vollen Beweise ist jedoch die übereinstimmende Aussage wenigstens zweier[131]) Zeugen erforderlich; die geringste Verschiedenheit in den Aussagen, jeder Widerspruch sowohl in Haupt- als in Nebenumständen zerstört schon ihren Wert. Die übereinstimmenden Zeugnisse müssen auf unmittelbarer Wahrnehmung und gemeinschaftlichem Mitwissen der beiden Zeugen beruhen und sich vollständig hinsichtlich des ganzen Beweisthemas decken; es genügt nicht, daß sie ergänzend ineinandergreifen.[132]) Anders im röm. Strafprozeß: Hier ist die Beweisführung nicht auf formale Momente abgestellt, sondern gilt das Prinzip freier Beweiswürdigung,[133]) wenn auch im allgemeinen für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen das Zeugnis des Peregrinen minder als das des Bürgers bewertet[134]) und in der Regel die übereinstimmende Äußerung mehrerer Zeugen verlangt wurde.[135])

Jene Aussage wurde daher mangels Übereinstimmung für die Feststellung eines Verbrechenstatbestandes und eine Verurteilung Jesu an sich nicht hinreichend befunden,[136]) wenn schon den Tempel Gottes lästern nach jüdischer Anschauung Gott selbst lästern hieß.[137]) Es mußte also mindestens noch ein Geständnis des Angeklagten hinzukommen. Wäre er durch Zeugen gehörig überführt gewesen, so konnte auch ohne sein Geständnis ein Todesurteil ausgesprochen werden.[138])

Aus der bisherigen Beweiserhebung ergibt sich, daß die Zeugenvernehmung nicht oberflächlich oder tumultuarisch erfolgte und die Zeugenaussagen wohl geprüft wurden, da sonst wohl eine Übereinstimmung leicht zu finden gewesen wäre.[139])

Nachdem Jesus die Aufforderung des Hohenpriesters, sich über die Aussage der Zeugen in deren Gegenwart zu äußern und die bezichtigten

---

[130]) Mark. 14, 59. Dies hat v. Mayr S. 295 oben wohl übersehen, während Keim III S. 332 den Bericht Mark. für unrichtig hält.

[131]) Die Aussage eines einzigen Zeugen hatte keine Beweiskraft.

[132]) Mos. IV 35, 30, V 17, 6; 19, 15 ff.; 1. Kön. 21, 10 u. 13; Matth. 18, 16; Joh. 8, 17; 2 Kor. 13, 1; Hebr. 10, 28; Mischna IV 4 (Sanhedr.) III, 6, V, 2; II 8 (Rosch hasch.) II, 6; J. H. Friedlieb, Archäologie der Leidensgesch. 1843 S. 89; Frankel S. 115 ff., 142 ff., 162 ff., 197 ff.; Fürst S. 11 ff., Duschak S. 60 f., Saalschütz S. 604, 605 N. 777.

[133]) Mommsen, Strafr. S. 400 f., 439 f. Cicero pro Font. e. 6; Quintil. declam. 313. L. 3 pr. u. § 2 D. de test. 22, 5; 1. 79 § 1 D. de iud. 5, 1; c. 3. Nov. 73.

[134]) Cic. pro Fonteio 20 f.; pro Flacco 4, 27; pro Scauro 17; pro Rab. Post. 12, 34 ff.; Quintil. 5, 7, 5.

[135]) D. 48, 18, 20; C. 4, 20, 9; C. Th. 11, 39, 3. Seneca contr. 7, 1, 23; 7, 5, 1; Quintil. decl. 379; Plutarch. Cat. min. 19.

[136]) Saalschütz S. 624. A. M. Keim III S. 332 f. — Ob die Zeugen bekundeten, daß der Angeklagte von ihnen oder von dritter Seite vor der Tat verwarnt worden sei, ist nicht überliefert und hier gegenstandslos. Bei jedem Todesverbrechen, außer Verführung zur Abgötterei (Duschak S. 23 zu N. 1, S. 36), konnte nämlich der Schuldigbefundene nur, wenn wenigstens ein Zeuge diese Frage bejahte, zum Tode verurteilt werden, weil man annahm, daß er nur dann den verbrecherischen Vorsatz mit Vorbedacht gefaßt habe, wenn vor der Tat eine Verwarnung an ihn ergangen war. Auf diese Weise suchte man insbesondere die reichlichst angedrohte Todesstrafe möglichst zu beschränken. Talm. Sanhedr. 40a (V 1 Mischna), 40b (Gemara); Maimon. Sanhedr. 12 § 2, 18 § 5; Frankel S. 223 ff., Saalschütz S. 444 N. 560, S. Mayer S. 77 f., Vargha S. 11.

137) Vgl. Matth. 23, 16. A. M. Frankel S. 198 N. *).

[138]) Ebenso nach röm. Recht. Mommsen, Strafr. S. 437 N. 6.

[139]) Ebenso Saalschütz S. 624, Frankel S. 198.

Worte zu erklären, unbeantwortet gelassen,[140]) also die verdächtigen Worte weder ausdrücklich zugab noch bestritt, wendet sich dieser unter feierlicher Beschwörung, wie sie dem jüdischen Prozeß eigen ist,*) mit der scheinbar unvermittelt an die Zeugenvernehmung anschließenden Frage an ihn, ob er wirklich behaupte, daß er Christus, der Sohn Gottes, also der Messias, sei.[141]) Diese zum Teil an die Ehrlichkeit des Angeklagten gegenüber dem Hohenpriester Gottes appellierende, im übrigen verfängliche Suggestivfrage, wodurch der im Verdacht der Gotteslästerung stehende Angeklagte evtl. zur Wiederholung seiner Lästerung veranlaßt werden sollte[142]) und durch deren die Lästerung bestreitende oder widerrufende Verneinung er — auch ohne formellen Reinigungseid, der in eigentlichen Kriminalsachen vom Mos. Recht nicht eingeführt ist und nur zivilrechtliche Tendenz hat,[143]) — sich von der schweren Anklage hätte reinigen können[144]) und worauf sich in concreto die in Gegenwart der Zeugen stattfindende Beschuldigtenvernehmung[145]) beschränkte, bejaht Christus in edeln Mut und unzweideutiger Offenheit, ohne daß er sich zu verteidigen versuchte, unter Hindeutung auf Psalm 110, 1 und Daniel 7, 13 mit den Worten: „Du sagst es;[146]) ich bin es; von nun an werdet ihr des Menschen Sohn zur Rechten des Allmächtigen sitzen und auf (ἐπὶ, μετὰ, ἐν) den Wolken des Himmels kommen sehen.“[147])

Da zerreißt der Hohepriester, wie es bei Anhörung einer Gotteslästerung zum Zeichen der Trauer und Abscheu nach altem jüdischen Brauch üblich und für die Annahme dieses Verbrechens durch das Gericht charakteristisch war[148]) und vermutlich auch von den Beisitzern geschah, mit Entsetzen sein Gewand und ruft, ohne eine nähere Erklärung über die Bedeutung der Äußerung zu verlangen: „Wozu noch Zeugen, wir haben ihn jetzt selbst Gott lästern hören!“[149]) Das Gericht begnügt

[140]) Matth. 26, 62, 63, Mark. 14, 60 f.

*) Vgl. z. B. 4 Mos. 5, 19, 21 f.; s. ferner 1. Kön. 22. 16; 2 Chron. 18, 15. J. J. Lungershausen, Diss. de adiuratione Caiphae, Jenae 1695.

[141]) Matth. 26, 63, Mark. 14, 61 (ohne Beschwörung); nach Luk. 22, 67, 70 haben alle Gerichtsmitglieder die Frage gestellt, was freilich nicht wahrscheinlich ist. Aberle, Die Berichte der Evang. über Gefangennehmg. und Verurteilg. Jesu, Kathol. Quartalschrift 1871, S. 23, meint, das Verlangen eines Messiasbekenntnisses sei Überschreitung des Rechts gewesen; vgl. Jos. 7, 19, Joh. 9, 24, Ap. Gesch. 5, 8.

[142]) Mischna IV 4 (Sanhedr.) VII 10. Vgl. dagegen Duschak S. 56 f., Vargha S. 7 § 5.

[143]) Frankel S. 302, Saalschütz S. 617.

[144]) Saalschütz S. 624 N. 809.

[145]) Vgl. Mischna Sanhedr. V 4.

[146]) Gewöhnl. jüd. Form der Bejahung mit Zurücktritt der Person des Gefragten. Vgl. Matth. 26, 25.

[147]) Matth. 26, 64, Mark. 14, 62, Luk. 22, 69 f. Ähnlich Jakobus bei Eusebius, hist. eccl. 2, 23. Joh. berichtet nichts von diesem Vorfall, weshalb Renan S. 284 meint, es sei wahrscheinlicher, daß Jesus, entschlossen, zu sterben, hier ebenso geschwiegen habe wie vor Hannas; das sei im letzten Moment im allgemeinen sein Verhalten gewesen. — Vgl. Matth. 24, 30, Mark. 13, 26, Luk. 21, 27, Offenb. 1, 7. Daher die rabbinische Benennung des Messias als Wolkenmann (Anani). Keim II S. 509 f.

[148]) Mos. I 37, 34; IV 14, 6; 2 Sam. 1. 11; 2. Kön. 18, 37; Hiob 1, 20; 2, 12; 1. Makk. 11, 72; Ap. Gesch. 14. 14; Jos. Bell. Jud. II, 15, 4; Talm. Moëd katon 24b, 26b; Joreh Deah 340 § 1 u. 37. Selden, de iure natur. et gentium, lib. II. c. 12; Friedlieb 1. c. S. 92; S. Mayer S. 417 N. 18. Sonst war es den Hohenpriestern für gewöhnlich verboten: 3 Mos. 10, 6; 21, 10.

[149]) Matth. 26, 65, Mark. 14, 63 f.; nach Luk. 22. 71 haben alle Gerichtsmitglieder so gesprochen.

sich demgemäß mit der das Verbrechen der Gotteslästerung selbst, nicht etwa nur ein nach jüdischer Satzung[150]) allein zur Verurteilung nicht genügendes Geständnis der Deliktsverübung enthaltenden,[151]) unverhofften und umso mehr gravierenden Bejahung der Frage durch Jesus, deren Verneinung man wohl erwartete; und ohne weitere Prüfung und Beweiserhebung, insbesondere ohne Vernehmung von Entlastungszeugen, die man sonst grundsätzlich bevorzugte,[152]) und ohne Diskussion und Beratung[153]) erkennt es ihn einstimmig[154]) wegen Gotteslästerung des Todes schuldig.[155])

§ 6.

Das Urteil des jüdischen Gerichts.

Die materiellrechtliche Würdigung des Urteils in Ansehung von Schuld und Strafe anlangend, so begeht Gotteslästerung, wer den Namen Jehovas, des Gottes Israels, lästert, verwünscht oder schmäht.[156]) Ob

[150]) S. oben N. 118.

[151]) Dies übersehen: S. Mayer S. 426 unten, Vargha S. 15. Richtig Saalschütz S. 624 N. 809.

[152]) Sanhedrin IV 1 u. 4. Eine Versündigung an der Gerechtigkeit durch Bestrafung eines Unschuldigen galt für eine schwere Beleidigung Gottes, in dessen Namen und als dessen Stellvertreter die jüdischen Gerichte Recht sprechen. Chronik II 19, 6; 5. Mos. 1, 16 f. Eine solche Beleidigung Gottes, des höchsten Richters, und seines heiligen Willens hätte das ganze Volk zu büßen gehabt. Daher zollten die Richter sowohl im Interesse der Angeklagten als in ihrem eigenen und dem ihres Volkes den Gewähren der Unschuld im Prozeß die weiteste Berücksichtigung. Vargha S. 3, 6, 13; Frankel S. 31 f. Wahrscheinlich hat sich aber, wie die eingeschüchterten Jünger Jesu bei dessen Verhaftung aus Furcht vor dem gleichen Schicksal flohen und ihn verleugneten, so auch zur Verhandlung aus Angst kein Entlastungszeuge gestellt. Vgl. Matth. 26, 34 f., 56, 58, 69 ff., Mark. 14, 30 f., 50 ff., 54, 66 ff., Luk. 22, 33 f., 54 ff., Joh. 18, 15 ff., 25 ff. Überdies war die Verhandlung so rasch erledigt, daß Jesu Freunde kaum Gelegenheit finden konnten, sich von ihrer Bestürzung zu erholen und ihm beizuspringen. Nur die „Akten des Pilatus“ zählen Scharen von Entlastungszeugen auf. Auch die Nichterwähnung eines Fürsprechers oder Verteidigers (Baal Rib) im Prozeß Jesu (abw. Act. Pil.), während sonst ein Angeklagter im ordentlichen öffentl. Verfahren den Verteidiger wohl selten ganz zu entbehren hatte, ist nach Vargha S. 7 mit ein Beweis für die Regelwidrigkeit des Verfahrens. Vgl. auch Friedlieb, Archäologie S. 87, Duschak S. 63.

[153]) Gegen Ap. Gesch. 4, 15; 5, 34, 40. — Fürst S. 23, ff., Duschak S. 58 f. (teilweise unrichtig).

[154]) Mark. 14, 64. Renan S. 284. Keim III S. 337, 354. Die Mitglieder des Rates, die Jesu geneigt waren, scheinen, was rechtlich zulässig war, sich ferngehalten oder nicht mitgestimmt zu haben. Luk. 23, 50 ff. Wie viele Synedristen abgestimmt haben, ist nicht überliefert. Von 23 Stimmen genügten 12 (einfache Majorität) zur Freisprechung, aber nicht zur Verurteilung. Letzterenfalls wurde der Gerichtshof solange um je 2 Richter vermehrt, bis die erforderliche Majorität von wenigstens einer Stimme für die Freisprechung oder 2 Stimmen für die Verurteilung vorhanden war. War auf diese Weise die Zahl der Richter auf 71 angewachsen, ohne daß eines dieser Ziele erreicht worden wäre, wurde der Angeklagte freigesprochen. Sanhedrin IV, 1; V, 5. Vargha S. 12 § 7 a. E., Schürer II 2. Aufl. S. 165 f., 3. Aufl. S. 214; Fürst S. 26 ff., Duschak a. a. O. Die bemerkenswerte Bestimmung in der Gemara, daß der Angeklagte, wenn ihn alle Gerichtsmitglieder einstimmig schuldig sprechen, ungestraft bleibe, hatte wohl kaum jemals praktische Bedeutung und Anwendung. Maimon. Sanh. IX § 1.

[155]) Matth. 26, 66, Mark. 14, 64; keine Erwähnung des Urteilsspruches bei Lukas und Joh.

[156]) Mos. III 24, 11 ff.; II 22, 28; 20, 7; V 5, 11. Die Beschimpfung eines fremden Gottes fällt nicht darunter; cf. 3. Mos. 24, 15. Ebensowenig Beschimpfung von „Einrichtungen oder Gebräuchen“ (RStGB. § 166), Gnaden- und Heilmittel der jüd. Religion.

Digitized by Google

schon das bloße Aussprechen des heiligen Namens,[157]) was unwahrscheinlich ist, mit Strafe bedroht und die Lästerung Gottes ohne Nennung seines Namens straflos ist oder erst die Namensnennung in Verbindung mit Beschimpfungen den Verbrechenstatbestand erfüllt, ist zweifelhaft.[158]) Unter allen Umständen aber ist zur Verurteilung die zweifelsfreie Gewißheit notwendig, daß der Täter den wahren Gott bei seiner Lästerung gemeint. Die Mischna IV 4, Sanhedrin VII 5 erklärt daher den Flucher, d. h. den, der bloß flucht oder schimpft, nicht für schuldig, es sei denn, daß er den Namen Gottes selbst schimpfend oder beschimpfend ausdrücklich genannt: Blasphemus non tenetur, nisi expressit nomen.[159]) Tat er dies, so stehen die Richter auf und zerreißen ihre Kleider, wie dies im Fall Jesu geschehen.

Jesu Verbrechen wurde in seiner bejahenden Antwort auf des Hohenpriesters Frage nach der Gottessohnschaft und der eigenen unverhohlenen Behauptung einer religiösen Würde und Berechtigung, deren Ablehnung man wahrscheinlich im Ernstfall erwartet hatte, gefunden; denn diese selbstbewußte Erklärung führte zu seiner Verurteilung durch das jüdische Gericht,[160]) das zwar nicht frei von Vorurteilen und offensichtlich von feindseliger Gesinnung gegen Jesus, der dies fühlte, geleitet, bemüht war, juristische Gründe für eine von vornherein feststehende Entscheidung zu finden und einen schuldbaren Tatbestand zu konstruieren,[161]) immerhin aber von der Schuld des Angeklagten und insbesondere dessen Absicht, die Verachtung des göttlichen Gesetzes vor aller Augen zu zeigen, überzeugt war und infolge dogmatischen Irrtums nicht ahnte, daß das Gesetz hier zur Ungerechtigkeit führe.[162]) Hiervon abgesehen konnte die wiederholte Bezeichnung als Sohn Gottes, wobei Jesus nomen Dei offen nannte, allerdings vom Standpunkt des orthodoxen Judentums für die an Jesu Gottheit nicht glaubenden und ihn als Christus oder Messias nicht anerkennenden Richter als unerhörte Selbstüberhebung und freventliche Herabwürdigung und Schmähung des Namens Gottes erscheinen und das Verbrechen der Gotteslästerung begründen,[163]) zumal dieses von Jesus durch seine bekannt gewordenen Reden, Wunder und Zeichen, die

---

[157]) Der verehrte und furchtbare (5. Mos. 28, 58) Name Gottes, aus 4 Buchstaben I h w h (vgl. Gott, θεός, Deus, Dieu) bestehend, durfte nur von den Priestern im Tempel, wenn sie den Segen sprachen (4. Mos. 6, 23), und zur Zeit des zweiten Tempels nur vom Hohenpriester im Allerheiligsten am Versöhnungstag ausgesprochen werden. Mischna III, 5 (Sotah) VII, 6. Saalschütz S. 495 N. 615; Jost I S. 302 f.; S. Mayer S. 416 f. — Es sei hier an die von Alters her bestehende, auf Verehrung beruhende Sitte erinnert, daß Kinder ihre Eltern auch nicht mit deren Vor- oder Zunamen bezeichnen oder anreden.

[158]) Michaelis, Mos. Recht V § 251, Saalschütz S. 495 f., Duschak S. 26 f.

[159]) Selden, de iure nat. et gent. II p. 262: Reus (mortis) non est, nisi qui expresserit ipsum Nomen. Hierauf bezieht sich S. Mayer S. 417 N. 17.

[160]) Hierin liegt — worauf besonders Strauß hinweist — nach christlicher Anschauung eine Selbstverneinung der dadurch für den Glauben an Jesus unschädlichen Tatsache seiner Verurteilung; denn wenn die Juden ihn verurteilten, da er zu sein behauptete, was er wirklich gewesen und als was er sich seitdem erwiesen, haben sie nicht ihm, sondern sich selbst, ihrer tiefen Verblendung, ihrem verstockten Unglauben das Urteil gesprochen.

[161]) Dies gibt auch die Rechtfertigungstheorie, wie v. Mayr S. 296, ohne weiteres zu.

[162]) Keim III S. 337 f.

[163]) v. Mayr S. 295 f.; Renan S. 284; Salvador l. c. — A. M. S. Mayer S. 425, Vargha S. 15, da zu diesem Tatbestand das Aussprechen des vierbuchstabigen Namens Gottes unter Verwünschungen gefehlt habe.

Digitized by Google

man teilweise für Eingebungen eines bösen Geistes hielt,[164]) und die von den Zeugen erhärtete Versicherung, den Tempel Gottes zu zerstören und in drei Tagen wieder aufzubauen, gewissermaßen vorbereitet war[165]) und Jesus sich vordem schon mehrmals selbst als Christus oder Messias,[166]) als Gott und Gottes Sohn bezeichnet hatte[167])[168]) und deshalb nicht nur öfter angefeindet worden,[169]) sondern sogar einmal in Gefahr gekommen war, gesteinigt zu werden.[170])

Im alten Testament hatten zwar das Volk Israel,[171]) dessen gottgeliebte Herrscher wie David und Salomo[172]) und deren würdige Nachfolger[173]) Sohn Gottes geheißen; weiterhin war der Ausdruck zur stehenden Bezeichnung des erwarteten großen Herrschers aus Davids Stamme, des Messias, geworden.[174]) Aber Jesus wurde als solcher oder auch nur als Prophet oder einer, der von der Schrift etwas versteht,[175]) von den maßgebenden jüdischen Kreisen nicht anerkannt. Das wußte er recht wohl, wie er auch über die Strafbarkeit nach dem Buchstaben und dem Geiste des jüdischen Gesetzes nicht im Unklaren war,[176]) sein trauriges Schicksal, in das er sich widerstandslos ergab, früh schon über sich hereinbrechen sah und sogar als mit seiner Sendung eng verbunden ankündigte. Eben deswegen wollte er sich auch nicht durch weitschweifende Reden verteidigen und den Gerichtshof an der buchstäblichen Anwendung des Gesetzes hindern.

Dazu kommt ein wichtiges Moment, worauf Schenkel[176a]) und Holtzmann[177]) hingewiesen haben: Die Idee eines leidenden und sterbenden Messias stand mit den heiligen Schriften und der herkömmlichen Denkungsart im Widerspruch und bildete einen Einspruch gegen das Davidische Element, die erwartete Wiederherstellung des Reiches Israel.[178]) Jene Erklärung eines Mannes, der aus kleinen Verhältnissen ohne Krone

---

[164]) Matth. 9, 34; 12, 24; Mark. 3, 22; Luk. 11, 15.

[165]) v. Mayr S. 296.

[166]) Joh. 4, 25 f.

[167]) Joh. 5, 19 ff.; 6 32 f., 37 ff.; 9, 35, 37; 10, 30, 36; anders 14, 28. Vgl. auch Renan S. 186 ff.

[168]) bezw. sich so hatte bezeichnen lassen: Matth. 3. 17; 4, 3, 6; 8, 29; 14, 33; 16, 16 f.; 17, 5; 27, 40, 43; Mark. 3, 11; 8, 29; Luk. 9, 20.

[169]) Joh. 6, 42.

[170]) Joh. 10, 31—33, 39; 11, 8. Vgl. Joh. 8, 37, 40, 59; 19, 7; Luk. 4, 29.

[171]) 2. Mos. 4, 22 f., Hos. 11, 1, Ps. 80, 16.

[172]) 2. Sam. 7, 14, Ps. 89, 27.

[173]) Ps. 2, 7.

[174]) Strauß I S. 283 f., Krit. I § 61 S. 533 ff.

[175]) Matth. 13, 54, Mark. 6, 2, Joh. 7, 15.

[176]) Hierauf deutet u. a. das Verbot an seine Jünger, jemand zu sagen, daß er Christus oder der Messias sei, und seine Leidensvoraussage: Matth. 12. 16; 16, 20 f.; 17, 9, 12 u. 22 f.; 20, 18 f.; 26, 1 f.; Mark. 3, 12; 8, 30 f.; 10, 32 ff.; Luk. 9, 21 ff.; 17, 25; 18, 32 f.; Joh. 3, 14; 12, 32 f. Vgl. auch Strauß, Krit. I § 63, II § 109. Unbegreiflich ist, wie Jesu Verurteilung Judas überraschen konnte: Matth. 27, 3 f. — Wenn der jüd. Gerichtschreiber Jost I S. 402 unten meint, in Jesu Lehren lag nichts, was ein Einschreiten begründen konnte, so trifft dies nur vom Standpunkt moderner Aufklärung und ruhig-überlegender Vernunft zu, nicht aber von dem altjüdischer Orthodoxie und Pedanterie.

[176]a) Das Charakterbild Jesu 1864 S. 102, 213.

[177]) Geschichte der Entstehung des Christentums, zu Webers Gesch. des Volkes Israel II S. 361, 417, 517 ff.

[178]) De Wette, Commentatio de morte Jesu Christi expiatoria (Opuscula theologica 1830, p. 1 ff.), Strauß, Krit. II § 110, Keim II S. 558 ff., Schürer II 2. Aufl. S. 464 ff., 3. Aufl. S. 553 ff. Abw. A. Wünsche, Die Leiden des Messias, Lpz. 1870.

und Szepter, ohne Kriegsheer und Macht war und gleichwohl die Stelle Daniel 7, 13 f. auf sich bezogen wissen wollte und die messianische Hoffnung der Zukunft als gegenwärtig und in sich verkörpert und erfüllt darstellte, erschien daher der Nationalpartei, welche die Aktion gegen Jesus verlangte, wie Hohn auf die Gegenwart und die Zukunft des Volkes Gottes und eine Herabwürdigung und Verächtlichmachung des Messiastums.

Wenn Jesus ferner von sich spricht als dem Menschensohn, der die Macht habe, auf Erden Sünden zu vergeben,[179]) der am Ende dieser Welt seine Engel aussenden werde, um die Guten von den Bösen zu sondern, jene zu belohnen und diese zu bestrafen,[180]) und dereinst in seiner oder seines Vaters Herrlichkeit, in seinem Reiche, kommen und Gericht halten werde,[181]) oder — wie vor dem jüdischen Gericht — daß er zur Rechten des Allmächtigen sitzen und auf des Himmels Wolken kommen werde, so hat er sich damit — von dem ihn nicht anerkennenden strengjüdischen Standpunkt aus — Befugnisse und Attribute zugeschrieben, die nach eben diesem Standpunkt außer Jehova nur etwa dem Messias beigelegt werden konnten. Er wurde daher auch früher schon als Gotteslästerer betrachtet.[182])

Wenn aber Christus als Gottes Sohn sich sogar mit Gott selbst identifizierte[183]) und in dem Sinne verstanden sein wollte, wie ihn noch jetzt die christliche Kirche auffaßt, so war dies im Sinne der rechtgläubigen Juden und Verehrer der alten heiligen Schriften eine maßlose und unerhörte Überhebung, eine Beleidigung Gottes, da ihnen die Gesetze befehlen, nur an einen einzigen ewigen Gott im Geiste, nie an Götter von Fleisch und Blut, an die Gottheit eines Menschen ihres gleichen zu glauben,[184]) und schon Moses vor einer Menschen-Vergötterung gewarnt hat.[185])

Die Gotteslästerung war nach jüdischem Gesetz für den Eingeborenen wie für den Fremdling mit dem Tode durch Steinigung bedroht.[186]) Nach

---

[179]) Matth. 9, 6.

[180]) Matth. 13, 40 ff.; 24, 31.

[181]) Matth. 10, 23; 16, 27 f.; 19, 28; 24, 27, 37, 39, 44; 25, 13, 31 ff.; Mark. 13, 26 f.; Luk. 21, 27; Joh. 5, 27 ff. Strauß I S. 299 ff., Krit. II § 113.

[182]) Matth. 9, 3; Joh. 10, 33.

[183]) Joh. 10, 30, 38. Nach Matth. 21, 16 wendet Jesus eine sich auf Jehova beziehende Sentenz aus Ps. 8, 3 auf sich selbst an.

[184]) Mos. II 20, 3; 34, 14; V 5, 7; 11, 16. S. unten (Verführung z. Abgötterei).

[185]) Vgl. Saalschütz S. 499.

[186]) Mos. III 24, 14, 16 u. 22 f.; 1. Kön. 21, 10 u. 13; Mischna IV 4 (Sanhedrin) VII 4; Selden, de Syncdriis veterum Ebraeorum II c. 13 § 5. Außer der Steinigung kannte das jüdische Strafensystem noch 3 Arten der Todesstrafe: Verbrennung, Enthauptung mit dem Schwerte und Erdrosselung oder Erwürgung (Strangulierung), nicht aber Kreuzigung. Mischna IV 4 (Sanhedrin) VII 1; Maimonides, Sanhedr. 14 § 1; Friedlieb S. 21, Duschak S. 6 ff., Saalschütz S. 457 ff., S. Mayer S. 59 ff. Das Aufhängen (Thalah) bei den Israeliten war (wie bei den Egyptern) kein Mittel zum Vollzug der Todesstrafe. Vielmehr wurde der männliche (Mischna III 5 (Sotah) III, 8) wegen Gotteslästerung und Götzendienst Verurteilte erst nach erfolgter Steinigung und eingetretenem Tode an einem Pfahl und zwar an den zurückgebundenen Händen aufgehängt. 4. Mos. 25, 4; 5. Mos. 21, 22; Jos. 10, 26; 1. Sam. 31, 10; 2. Sam. 4, 12; 21, 12. S. Mayer S. 66, 70; Michaelis, Mos. Recht V § 235; Saalschütz S. 460 f., 462 N. 580; Grätz III S. 245; Keim III S. 410. A. M. Bohmer, Elementa jurisprudentiae criminalis (Halle 1732) IV S. 344 f. N. 26, 32.

der Annahme eines strafbaren Tatbestands entsprach· also das Todesurteil materiell dem Gesetz, wie auch das Alter Jesu hier zu Bedenken keinen Anlaß gibt, da ein Todesurteil nur gegen jemand ausgesprochen werden durfte, der das Alter der zweiten Volljährigkeit (21 Jahre) zurückgelegt.

Vom Standpunkt moderner religiöser und rechtlicher Anschauungen wäre freilich weder der objektive, noch der subjektive Verbrechens-Tatbestand der Gotteslästerung erfüllt und jenes Urteil ohne weiteres zu kassieren. Aber nicht nur bei den Juden, sondern z. B. auch in Athen wurde der gesetzliche Begriff der dort unter die Asebie subsumierten Gotteslästerung weit gefaßt. So wurden als Gotteslästerer belangt: Euripides wegen seines Verses: Die Zunge schwor's, die Seele blieb des Schwures frei,[187]) wer einem Menschen göttliche Ehre erwies, Aristoteles, weil er jeden Tag bei Gastmälern auf Hermeas einen Päan gesungen habe,[188]) Demades, weil er den König Alexander als 13. Gott vorschlug.[189]) Möglicherweise haben sich unter Jesu Richtern Sadducäer mit griechischer oder alexandrinischer Bildung befunden, denen die griechische Rechtsanschauung von der Gotteslästerung, die schon in der Erhebung eines Menschen zu einem Gott angenommen wurde, oder die strenge alexandrinische Auffassung des Delikts, das schon in jedem Mißbrauch des göttlichen Namens gefunden wurde, vorschwebte.[190])

Die Gotteslästerung konkurrierte[191]) mit den gleichfalls mit Todesstrafe (Steinigung bezw. Erdrosselung) bedrohten Verbrechen der Verführung zur Abgötterei (zum Abfall von dem einzigen Gott) und der falschen Prophetie, die im wesentlichen dann vorliegen, wenn jemand das Volk dem alten mosaischen Nationalglauben und Kultus abwendig macht oder dies auch nur versucht, zum Götzendienst und Ungehorsam gegen die mosaischen Ordnungen verleitet, Traumgesichte hat oder zur Bestätigung seiner Lehren Zeichen und Wunder tut und daran mit oder ohne Erfolg die Aufforderung knüpft, andern Göttern nachzugehen, die das Volk nicht kennt, und ihnen zu dienen.[192]) Ob das Gericht auch diese Verbrechen als erwiesen angenommen hat, ist nicht klar ersichtlich. Aus

---

[187]) Hippolyt. 612: ἡ γλῶσσ᾽ ὀμώμοχ᾽, ἡ δὲ φρὴν ἀνώμοτος; Aristot., Rhetor. III 15.

[188]) Athen. XV 696; A. Diog. Laërt. V 6; Aelian III 26.

[189]) Aelian V 12; Platner, Proc. II 143; S. Mayer S. 418, 403 ff.

[190]) S. Mayer S. 427; Duschak S. 27.

[191]) Sowohl Ideal- wie Realkonkurrenz war im mosaisch-talmud. Recht geregelt. Hier kommt schon das Prinzip Poena maior absorbet minorem vor. Wer z. B. zwei Todesstrafe androhende Gesetze verletzt, hat die schwerste Todesstrafart zu erleiden. Talm. Sanhedr. 81 a. Mischna. Maimon. Sanhedr. 14 § 4. S. Mayer S. 296 f. Für die Realkonkurrenz galt im übrigen das Kumulationssystem. (Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XX S. 234 f. — Kohler.)

[192]) 5. Mos. 13, 1 ff.; 17, 2 ff.; 18, 20. Mischna IV 4, Sanhedr. VII, 10; XI 1, 5 f.; Maimonides, vom Götzendienste V §§ 1, 6 ff. Saalschütz S. 131 f., 503 f., 521 ff., Duschak S. 22 f., 24 f., 36. Vgl. Jerem. 14, 14 f.; 23, 13 f., 16 ff.; Hesekiel 13; Matth. 24, 24; Mark. 13, 22; Luk. 20, 6; Ap.-Gesch. 14, 19; 2. Kor. 11, 25. — Renan S. 293 f. nennt die Intoleranz, den religiösen Terrorismus, insofern einen jüdischen Zug, als das Judentum zuerst in der Religion die Theorie des Absoluten aufstellte, den Grundsatz des Pentateuchs, daß jeder Neuerer, selbst wenn er seine Lehre mit Wundern unterstütze, ohne Urteil von jedermann gesteinigt werden dürfe. — Auch in der mohammedanischen Glaubenslehre bildet das Prophetentum einen wesentlichen Bestandteil. Von den unzähligen Propheten (wie Adam, Noah, Abraham, Moses, Jesus) ist Mohammed der letzte und größte, der Gesandte Gottes und das Siegel der Propheten; jeder spätere Prophet ist falsch. Koran, Sure 33 (El-ehzab), V. 34 u. 38.

Digitized by Google

Matth. 27, 63 sowie aus Luk. 23, 2 (διαστρέφων τὸ ἔθνος) und 5 ist zu entnehmen, daß das Verbrechen, dessen Jesus beschuldigt und überführt wurde, auch die „Verführung" war.[193]) Ebenso führt der Talmud das Verfahren gegen Jesus als Beispiel an, wie man gegen „Verführer", die Moses' Gesetz umstürzen und das Volk von der väterlichen Religion abwenden wollen, vorgehen müsse.[194]) Jedenfalls konnten jene Tatbestände im jüdischen Sinn als gegeben erachtet werden, wie Jesus ja vom Volke längst als Prophet[195]) und zum Teil als Verführer, als Mesit, der die Reinheit der mosaischen Religion anzutasten wagte, betrachtet wurde.[196]) Denn mochte er immerhin sich zum israelitischen Glauben bekennen und den Gott der Juden[197]) anerkennen,[198]) so lag die Verführung darin, daß er unter deutlichen Angriffen auf den bestehenden äußeren Dogmen- und Tempelkultus und das alte zerlöcherte System und Gefüge religiöser Anschauungen, das man nicht mit neuen Zutaten ausflicken könne, sondern von Grund aus erneuern müsse,[199]) eine andere Wesenheit dieses Gottes angenommen, Gott als seinen Vater und sich selbst als dessen Sohn angesehen wissen und hiermit eine neue Gottheit wenigstens n e b e n dem einzigen, ewigen Gott einführen wollte.[200]) Die Lehre von der Gottgleichheit, Gottgemeinschaft menschlicher Natur, welche sich in der Person Christi verkörperte, war nicht das Bekenntnis des Mosaismus, nicht die Erkenntnis jüdischer Schriftgelehrten. Das Messiasbekenntnis Jesu von der Sohnschaft, der Kindschaft Gottes war in der Tat das Losungswort einer neuen Religion, einer höheren Weltanschauung. Der Stifter einer neuen Religion aber ist nach jüdischem Recht ein Verführer.

Zur falschen Prophetie[201]) aber genügte (außer der Verkündung künftiger Ereignisse nicht in Jehovas, sondern in fremder Götter Namen) nach dem Gesetz, daß jemand im Namen Jehovas vorsätzlich etwas weissagte, was er nicht gehört, was nicht ihm, sondern entweder überhaupt nicht oder vielleicht einem andern Propheten von Gott aufgetragen und geoffenbart worden,[202]) ohne daß es hier, wie sonst, notwendig war ab-

---

[193]) Renan S. 282; Keim III 330. Nach Saalschütz S. 625 lag die Hauptanklage für die Juden in der Einführung einer neuen Gottheit.

[194]) Talmud von Jerus. Sanhedr. 14, 16; Talm. von Babyl. Sanhedr. 43 a, 67 a.

[195]) Matth. 16, 14; 21, 11, 46; Mark. 8, 28; Luk. 7, 16.

[196]) Joh. 7, 12; Ap.-Gesch. 6, 14.

[197]) Und dessen absolute Eigenschaften nach der mosaischen Lehre: Geistigkeit, Ewigkeit und Einigkeit. Vgl. Mos. II 15, 11 u. 18; 20, 3; V 4, 15 ff., 39; 6, 4; 32, 40. S. Mayer S. 397 ff. Die relative Eigenschaft Gottes als Schöpfers der Welt bildet gleichfalls einen wesentl. Bestandteil der jüd. Glaubenslehre, welcher in der Heiligung des Sabbaths Ausdruck und Bestätigung erhält. 1. Mos. 2, 1 ff. Die Entweihung des Sabbaths erscheint als Nichtanerkennung oder Ableugnung des Werkes der Schöpfung und des Glaubens an Gott als Schöpfer; Ebn Esra zu Mos. II 20, 8; Maimon. Morch Nebuchim II c. 31; III c. 32 a. E. Denn der Sabbath ist ein Zeichen des Bundes zwischen Gott und dem Volke Israel für alle Zeiten. 2. Mos. 31, 16 f.; s. oben N. 24. Doch ist der Sabbathbruch in der Verhandlung nicht zur Sprache gekommen.

[198]) Mark. 12, 29 f., worauf sich S. Mayer S. 426, Vargha S. 15 für ihre Meinung berufen, daß Jesus wegen Verführung zum Abfall vom Glauben nicht verurteilt werden konnte. Vgl. 5. Mos. 6, 4.

[199]) S. das Gleichnis Matth. 9, 16, Mark. 2, 21, Luk. 5, 36.

[200]) v. Mayr S. 296 N. 1; Salvador l. c. Vgl. Keim II S. 55 ff., 387 ff., III 337.

[201]) Deren z. B. auch der Prophet Jeremias angeklagt war (Jerem. 26).

[202]) Mischna Sanhedr. XI 5. Vgl. Joh. 8, 40, woselbst sich Jesus ausdrücklich darauf beruft, daß er die Wahrheit gesagt habe, die er von Gott gehört.

Digitized by Google

zuwarten, ob sich die Weissagung, auch wenn sie im Namen des einzigen Gottes geschah, erfülle,[203]) daß der Menschensohn zur Rechten des Allmächtigen sitzen und mit des Himmels Wolken kommen werde; denn das Gegenteil von der wörtlich aufgefaßten Prophezeiung stand fest und ein Zweifelfall, wie ihn 5. Mos. 18, 21 f. im Auge hat, lag nicht vor.[204])

Nimmt man aber mit Rücksicht auf Joh. 11, 47 an, daß Jesus nicht bloß als falscher Prophet im Sinne 5. Mos. 18, 20, sondern als Prophet einer neuen Gottheit im Sinne von 5 Mos. 13, 1 ff. vor Gericht stand,[205]) so bleiben selbst geschehene Zeichen und Wunder indifferent. Denn wer im Namen fremder Götter auftritt, ist stets zu verurteilen, ob die Voraussagung eintrifft oder nicht, so daß es des Abwartens gar nicht bedarf.[206])

Das mosaische Gesetz hat endlich jede Art geheimer (Gaukler-) Künste, die mit dem Götterkultus der Völker in Verbindung standen und von dem einzigen Gott abführten, verboten und sie dem Götzendienst, insbesondere dem Molochdienste, gleichgestellt. Zauberei, Geisterbeschwören, Wahrsagerei und Zeichendeuten waren mit Todesstrafe (Steinigung) bedroht.[207]) Auch dem röm. Strafrecht waren solche Delikte (z. B. Magie, böser Zauber) wohl bekannt und je nach den Zeiten, der Beziehung und dem Umfang der beigemessenen Gefährlichkeit oder des bewirkten Schadens mit den verschiedenartigsten Strafen, sogar mit Todesstrafe, belegt.[208]) Doch können diese Verbrechenstatbestände außer Betracht bleiben, da gegen Jesus nirgends ein dahin gehender Vorwurf erhoben und auch in dem Strafverfahren nicht zur Sprache gebracht worden ist.

In formeller Hinsicht mußte nach jüdischem Strafprozeßrecht die Fällung des verurteilenden Erkenntnisses im Gegensatz zum freisprechenden Urteil, das sofort und mit sofortiger Freilassung des Angeklagten verkündet werden konnte, zwecks ruhiger sorgfältiger Prüfung auf den der Verhandlung folgenden Tag verschoben werden.[209]) Der sichtbare Grund zu dieser im Interesse des Angeklagten erlassenen Vorschrift liegt in der

---

[203]) v. Mayr S. 296 N. 2. A. M. S. Mayer S. 412, 426, Vargha S. 15 mit Rücksicht auf die gesetzl. Voraussetzung des Tatbestandes, daß sich die im Namen Jehovas gemachte Voraussage nicht erfülle.

[204]) Daß nur in Zweifelfällen gewartet werden sollte, ergibt sich schon daraus, daß das Auftreten eines falschen Propheten im Namen Jehovas stets ungehindert geblieben wäre, wenn man in perpetuum hätte abwarten müssen, ob sich durch Eintreffen des verkündeten Ereignisses die göttliche Sendung schließlich doch noch bewähre.

[205]) So Saalschütz S. 626 N. 810 gegen Winer, Bibl. Realwörterb. II S. 641.

[206]) 5. Moses 13, 2; Mischna Sanhedr. XI 6; Maimonides, Götzendienst V 7; Duschak S. 24.

[207]) Mos. III 20, 27; cf. II 22, 18, III 19, 26 u. 31; 20, 6; V 18, 9 ff.; 1. Sam. 28, 3 u. 9; 1. Chron. 11 (10), 13 f.; Mischna Sanhedr. VII 4, 7, 11; Maimon. Sanhedr. 19; S. Mayer § 78 S. 615 ff.; Duschak S. 25 f.; Saalschütz S. 510 ff.

[208]) S. Mayer l. c. S. 626 ff., Mommsen, Strafr. S. 639 ff.

[209]) Mischna IV 4 (Sanhedrin) IV 1 a. E., V 5. Judicia de pecuniariis absolvunt eodem die, sive sint mulctativa sive absolutiva. Judicia de capitalibus finiunt eodem die, si sint ad absolutionem; si vero sint ad damnationem, finiuntur die sequenti. Nach Vargha S. 12 auf den Morgen des drittnächsten Tags, so daß ein ganzer Tag dazwischen lag. In der Zwischenzeit mußten sich die Richter ausschließlich mit dem ihrer Entscheidung harrenden Falle in gemeinsamer Diskussion beschäftigen, sich des Weines und aller Genüsse, welche die Fähigkeit vertieften Nachdenkens beeinträchtigen konnten, enthalten u. durften nur die notwendigste Nahrung zu sich nehmen. Saalschütz S. 599 N. 765, Fürst S. 26. Auch war es Regel, an dem Tag, wo ein Todesurteil erging, fastend zu trauern, eine Sitte, die an 3. Mos. 19, 26 geknüpft wird; Bab. Sanhedr. f. 63, 1: Cum synedrium quemquam morti adiudicavit, ne quidquam degustent illi isto die.

Möglichkeit, daß inzwischen noch ein Umstand zu seinen Gunsten sich ergeben könnte, und in dem Streben, übereilte Verurteilungen mangels Rechtsmittel möglichst hintanzuhalten.

Auch diese Vorschrift über die Urteilsverkündung wurde übertreten. Wie aus den Berichten der Evangelien[210]) zu schließen, wurde zwar die nächtliche Verhandlung Freitags gegen Morgen unterbrochen, um vermutlich die Formvorschrift zu beobachten oder weil Pilatus in der Nacht doch nicht zu haben gewesen wäre; aber das Gericht trat schon am selben Morgen der Nacht, in der die Verhandlung stattgefunden, also nicht erst am folgenden Tage, mag der jüdische Tag nach Sonnenuntergang mit dem Erscheinen der ersten Sterne oder um Mitternacht begonnen haben,[211]) bei Tagesanbruch etwa 6 Uhr[212]) wieder zusammen, offenbar um ohne die erforderliche weitere Untersuchung und nochmalige Beratung der Sache[213]) sofort den schon auf Grund der nächtlichen Verhandlung gewonnenen einmütigen Schuldspruch, für den keine Motive angegeben zu werden brauchten, formell zu fällen bezw. zu verkünden und unmittelbar darauf vollziehen zu lassen.[214])

Grund zu dieser formverletzenden Maßnahme bildete wohl der Umstand, daß am folgenden Tag, der ein Sabbath war, kein Gericht gehalten werden durfte. Eben deshalb wurden sonstige Kapitalfälle aber auch nicht am Vorabend vor einem Sabbath oder Feiertag verhandelt.[215])

Mag hierdurch auch nicht die Nichtigkeit des Verfahrens herbeigeführt worden sein,[216]) so wird doch wieder augenfällig, wie eilig man es mit Jesu Verurteilung hatte und mit welcher sorglosen und geringschätzenden Leichtfertigkeit, die den Richtern nicht über die Folgen des Urteils lange nachzudenken erlaubte, man damals — trotz der sonst vielgerühmten Vorsicht und Gründlichkeit jüdischer Gerichte — ein Menschenleben opferte; denn daß die Richter hier nur aus Gesetzesunkenntnis und in gutem Glauben wichtige Vorschriften hintansetzten, ist schlechthin unglaublich.

Schon diese furchtbare Eile, welche sich niemals ein Synedrion erlauben durfte, und noch mehr die Überschreitung aller sonst nach rabbinischem Gesetz auch dem Verbrecher zu erweisenden Rücksichten zeigt deutlich, daß man in wilder Leidenschaft ohne Ordnung und Regel verfuhr; insoweit kann man Jost I S. 406 beipflichten, aber die ordnungs-

---

[210]) Matth. 27, 1; Mark. 15, 1; Luk. 22, 66; Joh. 18, 28.

[211]) Vgl. Ideler, Handb. der Chronologie I S. 482 f., George, Jüdische Feste S. 135 ff., Saalschütz S. 399 f. Nur wenn der jüdische Tag mit Sonnenaufgang begann, läge eine Formverletzung in Ansehung der Urteilsverkündung nicht vor; nur dann fiele diese nicht mehr auf den Verhandlungstag.

[212]) Keim III S. 345.

[213]) Keim S. 346 N. 5, Fürst S. 26. Unrichtig Saalschütz S. 625 unten: Der Gerichtshof habe auch darin die vorgeschriebenen Formen beobachtet, daß das Urteil, an dem einen Tage gefällt, doch an dem andern noch einmal der Diskussion unterworfen worden sei.

[214]) Von einer „Verlegenheit wegen der Ausführung" (Jost I S. 406) ist hierbei nichts wahrzunehmen, wie die folgenden Ereignisse zeigen. — Schürer II 3. Aufl. S. 214 N. 95 spricht von der „vermeintlichen doppelten Synedrialsitzung bei Jesu Verurteilung"; viele, z. B. Grätz III 243, glauben allerdings nur an eine Morgensitzung nach Luk. 22, 66; Schürer scheint aber nur eine Nachtsitzung (s. dorts. S. 213) anzunehmen. Vgl. Keim III S. 326, 346 N. 2.

[215]) Mischna Sanhedr. IV 1 fin.; Bab. Sanh. f. 35, 1. Schürer II 2. Aufl. S. 162, 3. Aufl. S. 211 zu N. 78; Saalschütz S. 465 N. 580; cf. Keim III 473 f.

[216]) v. Mayr S. 294 unter Hinweis auf Schürer II 2. Aufl. S. 162.

widrige Überstürzung des jüdischen Gerichts negiert doch nicht dessen Existenz und Mitwirkung im vorwürfigen Falle.

Damit schließt die Verhandlung. Das Urteil ist ohne weiteres rechtskräftig, da es einen Instanzenzug im jüdischen Strafprozeß nicht gibt.[217])

Die gegen Morgen zwischen den beiden Synedrialsitzungen eintretende Pause in der Verhandlung wurde mit rohen Schmähungen und unwürdigen Mißhandlungen Jesu durch die ihn bewachenden Personen, angeblich sogar durch Synedristen, ausgefüllt.[218]) Obwohl in dieser Zwischenzeit nur in Untersuchungshaft[219]) und noch nicht definitiv verurteilt, wurde er wider Gesetz und Sitte schon als rechtlos behandelt; denn die Mißhandlung bildete nicht etwa die Vollziehung einer gerichtlich zuerkannten Leibesstrafe.[220])

II. Teil.

Das Verfahren vor der römischen Behörde.

§ 7.

Das Delibationsverfahren.

Nach der Fällung des Schuldspruchs beschloß das Freitag[1]) morgens in aller Frühe vollzählig versammelte Synedrion, Jesus zum Vollzug der Todesstrafe dem Prokurator oder Landpfleger Judäas Pontius Pilatus[2]) zu überantworten, der vom Jahr 26 bis 36[3]) dieses Amt bekleidete und, da ihm in dieser Eigenschaft das ius gladii,[4]) die Kapitaljurisdiktion, wenn auch nicht über römische Bürger, so doch über die Peregrinen seines Bezirks, vom Kaiser (wie dies seit Augustus geschah) mandiert worden, damit, obschon unter dem Statthalter von Syrien stehend,[5]) der höchste Kriminalrichter in Judäa war, gewöhnlich in Cäsarea residierte,[6]) aber damals vermutlich aus Anlaß des Festes mit den gefürchteten Inspirationen des jüdischen Freiheitstriebs zur Aufrechterhaltung der Ruhe und

---

[217]) Wohl aber bei Verurteilung ein dem röm. Provokationsprozeß ähnliches Verfahren: 2. Mos. 23, 7, Maimon. Sanhedr. 13 § 1; Michaelis, Mos. Recht, VI. Tl. § 300, Frankel S. 71, Saalschütz S. 465 N. 580, S. Mayer S. 77, Vargha S. 13, Fürst S. 29 ff.; a. M. Duschak S. 93.

[218]) Matth. 26, 67 f., Mark. 14, 65, Luk. 22, 63 ff. S. hierüber Strauß II S. 305 f., Keim III S. 338 f. gegen Grätz III S. 245. Vgl. auch Ap. Gesch. 21, 32; 23, 2; Joh. 18, 22; Jos. b. j. 6, 5, 3.

[219]) Maimon. Sanhedr. 12 § 3. Frankel S. 236.

[220]) 5. Mos. 25, 2 f., Matth. 10, 17; 23, 34. Duschak S. 12 f., 41, Saalschütz S. 468 f.

[1]) Es war der Vorsabbath, der Rüsttag in Ostern: Matth. 27, 62; Mark. 15, 42; Luk. 23, 54; Joh. 19, 14, 31, 42.

[2]) Luk. 3, 1; Joseph. Ant. 18, 3; Bell. Jud. 2, 9; Tacit. Ann. 15, 44; Tertul. apol. 21; Philo de leg. ad Gaium § 38.

[3]) Die beiden Freunde Pilatus und Kaiphas verloren ihre Ämter im gleichen Jahre. Doch scheint der Tod Jesu mit diesen beiden Amtsentsetzungen nicht in Beziehung gestanden zu haben.

[4]) Joh. 19, 10. D. I 18, 6, 8. Jos. Bell. Jud. II 8, 1. Marquardt, Staatsverwaltung I (1881) S. 557 N. 3; Mommsen, Staatsrecht II 1 S. 246, Strafr. S. 243 f.; Schürer I 2. Aufl. S. 389, 3. u. 4. Aufl. S. 466 f.

[5]) Praesidi Syriae obnoxius; Jos. Ant. 18, 3 u. 8.

[6]) Jos. Ant. 18, 3, 1; Ap. Gesch. 23, 23, 33 u. 35.

Ordnung bei dem großen Rendez-vous der Nation sich in Jerusalem aufhielt. Der Beschluß wurde sofort vollzogen.[7]) Das Verfahren vor der jüdischen Behörde fand hiermit sein Ende.

Es mag etwa 7 Uhr[8]) vormittags gewesen sein, als Jesus gefesselt[9]) unter Bedeckung und begleitet nicht bloß von Abgeordneten oder Deputierten der jüdischen Behörde, sondern von dem Hohenpriester mit dem Gesamtsynedrium[10]) und wohl einer großen Menge Volks zur Statthalterei gebracht wurde. Den Grund dieser Auslieferung eines als straffällig befundenen jüdischen Volksgenossen an die römische Behörde erfahren wir von Joh. 18, 31, der die Juden auf Pilatus' Aufforderung, Jesus nach ihrem Gesetze zu richten, ihre Inkompetenz zur Vollziehung von Todesstrafen entgegenhalten und antworten läßt: „Wir dürfen niemand töten“ (hinrichten), d. h. das Todesurteil nicht vollstrecken.[11])

Noch zur Zeit des Origines[12]) übte zwar der Ethnarch (Volksfürst oder Patriarch) über die palästinensischen Juden eine der alten königlichen Gewalt entsprechende Gerichtsbarkeit aus. In Nichtkapitalfällen bedurfte das Urteil auch nicht der Bestätigung der römischen Behörde und der Strafvollzug nicht deren Mitwirkung. In Kapitalsachen aber waren Urteilsbestätigung und Strafvollstreckung, wie dies in den Provinzen die Regel bildete, der römischen Behörde — hier dem mit der Exekutivgewalt bekleideten Prokurator — vorbehalten.[13]) Das Recht der Vollziehung der Todesstrafe war schon vom ersten römischen Statthalter (Coponius) an, d. i. seit dem Jahre 7 n. Chr., nach der ungenauen und spielenden[14]) Erinnerung des Talmud freilich erst 40 Jahre vor der Zerstörung Jerusalems, an den Prokurator übergegangen, woraus dann von selbst die gewöhnliche Ersetzung der jüdischen Hinrichtungsarten durch römische folgte.[15]) Das Synedrium durfte also wider Jesus ein Todesurteil zwar aussprechen, aber trotz relativer Selbständigkeit des jüdischen Gemeinwesens dieser Epoche nicht mehr vollziehen. Zur Vollziehung — und nur hierzu — wurde die Bestätigung und Mitwirkung des Prokurators erfordert. Hierum wurde denn auch Pilatus im Falle Jesu dem damaligen Rechtszustand entsprechend gebeten. Wenn im Widerspruch damit Stephanus ohne Mitwirkung der Römer von den Juden gesteinigt wurde (Ap. Gesch. 7, 56 ff.), so war dies offenbar eine Kompetenzüberschreitung oder ein tumultuarischer Akt der Lynchjustiz, vielleicht im Vertrauen auf die Abwesenheit des Landpflegers unternommen.[16])

---

[7]) Matth. 27, 2, Mark. 15, 1, Luk. 23, 1, Joh. 18, 28 f.

[8]) So Keim III S. 359.

[9]) Matth. 27, 2, Mark. 15, 1. Joh. 18, 12 u. 24 erwähnt die Fesselung schon früher.

[10]) So Keim l. c. im Hinblick auf Matth. 27, 1 f., 12 u. 20, Mark. 15, 1, Luk. 23, 1 (ἅπαν τὸ πλῆθος αὐτῶν) gegen Neander (Leben J. Chr.), Friedlieb, Renan.

[11]) Vgl. Walther S. 158 ff.

[12]) Epist. ad Africanum, cap. 14. S. oben.

[13]) Orig., in epist. ad Romanos Comment. VI 7; Jos. Ant. XX 9, 1, Bell. Jud. II 8, 1. Mommsen, Strafr. S. 120 N. 1, 240, 944; Geib, Gesch. des röm. Krim.-Proz. S. 244. 475 ff.; Schürer II 2. Aufl. S. 160, 3. Aufl. S. 209; Keim III S. 313 N. 3, 350, 356.

[14]) Grätz III, 492 f., Keim III 350.

[15]) Jos. Ant. XVIII 1. 1, Bell. Jud. II 8, 1: Talm. Sanhedr. f. 24, 2.

[16]) Walther S. 174, Strauß, Krit. II § 129 N. 2, Schürer II 2. Aufl. S. 161, 3. Aufl. S. 210, Mommsen, Strafr. S. 239 N. 4, R. v. Mayr S. 275 N. 8. Von dieser Art wütender Volksjustiz ohne Einleitung eines Strafverfahrens und ohne Er-

Unrichtig wäre hiernach die Annahme, daß für den römischen Richter das Verfahren vor der jüdischen Behörde als nicht vorhanden, als rein interner Vorgang innerhalb der jüdischen Gemeinde galt, der für die Untersuchung und Aburteilung vor dem römischen Gericht nicht in Betracht kam; das ganze solenne jüdische Verfahren entbehrte ja sonst jeglichen Zwecks und Nutzens. Vielmehr war die Tätigkeit des römischen Richters auf Überprüfung des jüdischen Verfahrens und Bestätigung des jüdischen Urteils beschränkt, wobei er, ohne an das materielle jüdische Strafrecht gebunden zu sein, nur den dem jüdischen Urteil zugrunde liegenden Tatbestand ohne nochmalige Prüfung der maßgebenden historischen Vorgänge anzunehmen und zu untersuchen hatte, ob und inwiefern derselbe auch nach römischem Recht strafbar war; in diesem sog. Delibationsverfahren mußte also der römische Richter das Urteil des jüdischen Gerichts nur für die Tatfrage, nicht auch für die Subsumtionsfrage hinsichtlich des auf den festgestellten Tatbestand anwendbaren römischen Gesetzes, sich aneignen oder m. a. W. zwar nicht bezüglich seiner Vollstreckbarkeit, wohl aber in Ansehung seiner Feststellungswirkung anerkennen.[17])

Mögen also auch in solchen Fällen des Dualismus von Reichs- und Volksrecht Prozeß und Urteilsfällung zunächst den autonomen Behörden bezw. Gemeindegerichten verblieben und nur die Bestätigung und der Vollzug des Urteils in römischen Formen durch den Statthalter notwendig gewesen sein, so lief doch dieses Verfahren schließlich auf eine nochmalige Urteilsfällung durch letzteren hinaus, da die Bestätigung kaum ohne Revision des Prozesses erteilt werden konnte.[18])

Die Aufforderung an die Juden, Jesus nach ihrem Gesetze zu richten,[19]) die von einigen[20]) mit Unrecht für unmöglich gehalten wird, kann, wie sich auch aus dem weiteren Verhalten des Pilatus ergibt, nur die Bedeutung haben, daß dieser, der selbst wissen mußte, daß die unabhängige Kapitalgerichtsbarkeit den Juden nicht zustand, um die Sache los zu sein, ihnen nahelegte, auf eine mildere Strafe, deren Vollzug in ihrer Hand läge, insbesondere nicht auf Todesstrafe zu erkennen,[21]) und ist nach der Antwort der Juden nicht etwa so zu verstehen, als ob Pilatus damit auf die Ausübung des Blutbannes im vorliegenden Falle zugunsten der jüdischen Behörde verzichten[22]) oder sein auf kaiserlichem Spezialmandat beruhendes Schwertrecht auf diese übertragen wollte, was übrigens unzulässig gewesen wäre.[23])

---

lassung eines Strafurteils ist die vom Gericht angeordnete Todesstrafe durch Steinigung zu unterscheiden. Vgl. 1. Sam. 30, 6; 2. Chron. 24, 21; 2. Makk. 1, 16; Matth. 21, 35; Luk. 20, 6; Joh. 10, 31; Ap. Gesch. 5, 26; 2. Kor. 11, 25.

[17]) v. Mayr S. 299.

[18]) So Mommsen, Strafr. S. 241.

[19]) Nach Joh. 19, 6 richtet Pliatus eine ähnliche Aufforderung später nochmals an die Juden. Vgl. auch Apostelgesch. 18, 14 f.

[20]) So Mommsen, Strafr. S. 240 f. N. 2.

[21]) Daraus erhellt, daß die jüdischen Gerichte Nichtkapitalfälle selbständig aburteilen, z. B. Geißelungen ohne weiteres vollziehen konnten; vgl. Ap. Gesch. 4, 5 ff.; 5, 21 ff., 40; 2. Kor. 11, 24 f.; Jos. Ant. 4, 8, 21 u. 23; Bell. jud. 6, 5, 3. Nur bei Todesstrafe bedurfte das Urteil der Bestätigung des Prokurators. S. oben.

[22]) v. Mayr S. 297 N. 4; Walther S. 149 f., 155. Strauß, Krit. II § 129 S. 541 meint, Pilatus habe bei der Aufforderung entweder an ein todeswürdiges Verbrechen nicht gedacht oder sich über die Juden lustig machen wollen (so auch: Rosadi S. 325 f.); letzteres ist bei dem Ernst der Sache unwahrscheinlich.

[23]) L. 6 pr. D. 1, 16. Walther S. 156, Mommsen, Strafr. S. 244.

Die Kompetenz des Statthalters bezw. Landpflegers fiel mit den Grenzen seiner Provinz zusammen, erstreckte sich daher nur auf die in seinem Sprengel heimatberechtigten oder wohnhaften Personen.[24]) Außerdem konnte sich der römische Richter als forum delicti commissi — unter Umständen sogar als forum deprehensionis — kompetent erklären.[25]) Ohne Rücksicht auf Personen und Ort war die römische Behörde für das gegen das römische Gemeinwesen unmittelbar gerichtete, sog. politische Verbrechen zuständig.[26])

Die Verhandlung vor dem römischen Prokurator.

§ 8.

Das Verfahren ist in der Regel — auch vor dem Kaiser und den vom Kaiser ihre Strafgewalt ableitenden Stellen, den kaiserlichen Delegierten, hier aber nicht notwendig — öffentlich.[27]) Bei diesen Gerichten war die Verhandlung im geschlossenen Raum sogar häufig.

Nach Joh. 18, 28 trat nur Jesus in das praetorium, das römische Richthaus[28]) oder Statthaltereigebäude, den ehemaligen Palast des Herodes an der Westgrenze Jerusalems, ein, während die Juden aus rituellen Gründen vor dem Hause oder in dessen Vorhof blieben.[29]) Wenn hiernach ein Teil der Verhandlung nicht öffentlich geführt wurde, so war dies nach dem Gesagten unbedenklich. Pilatus ging nach Joh. 18, 29 zu ihnen auf das im Freien befindliche Tribunal oder Bima (βῆμα) an der hebräisch Gabbatha oder griechisch Lithostrotos oder Lithostroton genannten Stätte[30]) hinaus und eröffnete sogleich die Verhandlung, die er mit der Frage begann, was sie Jesu zum Vorwurfe machen.[31]) Die jüdischen Oberen, die die Klage vortragen[32]) oder durch einen einzigen Redner, in der Hauptsache vielleicht durch den Hohenpriester Kaiphas.

[24]) Dig. 1, 18, 3; 48, 3, 11. Mommsen, Strafr. S. 232 f., 356 ff.

[25]) S. die Zitate in Note 24; dazu Dig. 48, 2, 7, 4 f. u. 48, 2, 22; 1, 18, 13 pr.; 49, 16, 3 pr.; 48, 13, 4, 1.

[26]) Joseph. Ant. 17, 13, 2; Bell. Jud. 2, 7, 3; Tacitus Ann. 2, 42; Dio Cassins 57, 17.

[27]) C. Th. 1, 12, 1; 1, 16, 6; 1, 16, 9; Ammian. Marc. 18, 1, 4; Sueton. Claud. 15, Aug. 33; Lactantius de mort. persec. c. 15; Mommsen, Strafr. S. 148 f., 359. Die Verhandlungssprache war in den östlichen Provinzen vermutlich die griechische, da Dolmetscher bei gerichtlichen Verfahren nicht erwähnt werden. Keim III S. 266 N. 3. Dagegen wurden die Verhandlungen vor dem jüd. Gericht in aramäischer Sprache geführt.

[28]) S. den Art. „Richthaus" in Winer's Realwörterbuch und Riehm's Handwörterb. Keim III S. 359 ff. Jos., bell. Jud. I 21, 1; II 14, 8; 15, 5; 16, 3; V 4, 4; Ant. XV 9, 3; 11, 5; Philo, de legatione ad Gaium § 38.

[29]) Wären die Juden ins Prätorium eingetreten, so hätten sie sich für verunreinigt gehalten und daher Ostern nicht feiern können.

[30]) Joh. 19, 13; Jos. de bell. Jud. II 9, 3. Vgl. Mommsen, Strafr. S. 360 f.; Geib S. 262; Keim III S. 365.

[31]) Renan S. 286 bemerkt hierzu, Pilatus habe, kaum von der Anklage verständigt, schon seine üble Laune bezeugt, in diese (ihm gleichgültige und mißliche) Angelegenheit hineingezogen zu werden. Aus der Antwort der Juden (Joh. 18, 30) und seinem weiteren Verhalten rechtfertigt sich dieser Schluß. Ähnlich Keim III S. 383.

[32]) Cf. Cicero Verr. 1, 18, 55; de orat. 1, 33, 153; Quint. 6, 4, 2. Walther S. 182 tadelt Pilatus mit Unrecht, daß er mehrere Ankläger entgegen l. 16 D. de accusat. 48, 2 zugelassen. Mommsen, Strafr. S. 372 f., 385. Der statthalterliche Strafprozeß stand überhaupt nicht notwendig unter den Formen des Accusationsprozesses.

Digitized by Google

vortragen lassen,[33]) fassen ihre Beschuldigungen dahin zusammen, daß Jesus das Volk aufwiegle, zur Verweigerung der Steuerzahlung an den Kaiser[34]) aufreize und sich als Christus und König ausgebe.[35]) Ein zusammenhängender Vortrag konnte unterbleiben und die Beweisführung auf die einzelnen Klagepunkte gestellt werden.[36]) Fehlte ein Privatankläger, so trat an Stelle der Parteivorträge das Verhör des Angeklagten durch den Magistrat,[37]) ebenso wie die Einvernahme von Zeugen im magistratischen Prozeß durch den Richter erfolgte.[38])

In materiellrechtlicher Beziehung ist es bedeutsam, daß die Anklage vor Pilatus das Bekenntnis der Gottessohnschaft nicht berührt und kein Religions-Verbrechen betrifft, das ohnehin vom Standpunkt des heidnisch-römischen Strafrechts ausscheidet, sondern in Anlehnung an das Christusbekenntnis ein politisches oder Staatsverbrechen — perduellio und crimen maiestatis[39]) — Hochverrat, begangen durch versuchten Umsturz der Verfassung[40]) und Verletzung der Untertanenpflicht durch Anstiftung zum Aufruhr und zur Unbotmäßigkeit gegenüber der Behörde.[41]) Statt der religiösen wird wieder und noch deutlicher als bei der Erlassung des Haftbefehls des jüdischen Gerichts die politische Seite des Wirkens Jesu, welche die Auffassung des Messias als Königs der nach Freiheit und Unabhängigkeit seufzenden Juden darbot, von den jüdischen Oberen in den Vordergrund gerückt, um den Angeklagten als Aufwiegler des Volkes gegen die römische Herrschaft hinzustellen,[42]) da sie nicht hoffen konnten, mit ihren religiösen Anschuldigungen wegen Lästerung des jüdischen Gottes, Heterodoxie und dergl. bei dem römischen Provinzialmagistrat durchzudringen, dem theologische Fragen und Streitigkeiten religiöser Sektierer noch gleichgültig waren[43]) und dem Jesus unmittelbar durch

---

[33]) Ap. Gesch. 24, 1 ff.; Jos. Ant. 16, 2, 3. Dafür, daß Kaiphas selbst das Wort geführt habe: Keim III S. 367. In den Act. Pil. werden die klagenden Synedristen mit Namen aufgezählt: Hanna und Kaiphas mit acht andern, darunter Gamaliel, Juda, Levi, Naphtali, Alexander, Jairus.

[34]) Die Steuern aus Judäa als einer kaiserl. Provinz flossen nicht in die Senatskasse (aerarium), sondern in die kaiserl. Kasse (fiscus) Cf. Marquardt, Röm. Staatsverwaltg. II S. 292 ff. Matth. 22, 17 ff., Mark. 12, 14 ff., Luk. 20, 22 ff. Die Behauptung der Aufreizung zur Steuerverweigerung war eine aufgelegte Lüge und kaum Gegenstand des weiteren Verfahrens.

[35]) Luk. 23, 2, der hiermit die Verhandlung vor Pilatus beginnen läßt.

[36]) Cicero Verr. 1, 18, 55; Tacit. Ann. 2, 30; Sueton. Nero 15.

[37]) Livius 8, 32; 6, 15, 4; Cic. de repub. 3. 18, 28; Sueton. Aug. 33; Claud. 15; Dio Cassius 57, 15; 76, 10; Ammian. Marc. 29, 1, 25, 33; D. 22, 5, 3, 3.

[38]) C. Th. 9, 19, 2; C. 9, 22, 22.

[39]) Mommsen, Strafr. S. 537 ff., 546.

[40]) Als solcher galt in der Zeit des Prinzipats vor allem der Versuch, den Prinzeps aus seinem Amte zu verdrängen. Tacitus, Ann. 12, 42. Mommsen, Strafr. S. 554 f.

[41]) L. 1 § 1, l. 3, 11 D. ad leg. Jul. maiest. 48, 4.

[42]) Cf. Keim III S. 367; v. Mayr S. 298.

[43]) Vgl. auch Apostelgesch. 18, 14 f. Mommsen Strafr. S. 570. Bei den Römern herrschte damals im allgemeinen Religionsfreiheit; niemand wurde nach seinem Glaubensbekenntnis gefragt; jeder konnte nach seiner religiösen Überzeugung leben. Cicero pro Flacco c. 28. Nur bei unmittelbarer Gefährdung der Staatsreligion (Cic. de leg. II 18, 10. Liv. 39, 16, Jarcke, Hdh. d. gem. dtsch. Strafr. II S. 4, Rein, Krim.-Recht der Römer 1844 S. 888, Mommsen, Strafr. S. 567 ff.) oder öffentlicher Verletzung der guten Sitten, wie bei dem den Occidentalen besonders anstößigen, eben darum aber auch besonders anziehenden ägyptischen Kult, wurde gegen den ausländischen Aberglauben (superstitio externa) polizeilich eingeschritten. Mommsen, Strafr. S. 578 f. Die Religionsvereine wurden in Rom nur untersagt, weil man befürchtete, die Zusammenkünfte könnten zu poli-

sein Wirken keinen Anstoß gab. Konsequent dieser Anschauung lassen die Priester durch das Volk ausdrücklich um die römisch-rechtliche, bereits zur Landespraxis gewordene Strafe der Kreuzigung, nicht um die mosaische Steinigung, bitten. Insbesondere der Titel „König der Juden" war bei den politischen Verhältnissen des jüdischen Volkes natürlich geeignet, das Mißtrauen der römischen Behörde zu erwecken. Pilatus hat aber, wie aus seinem weiteren Verhalten zu schließen, das taktische Manöver und den religiösen Hintergrund der auf das politische Gebiet herübergespielten Sache wohl erkannt, wie es ihm vielleicht auch aufgefallen ist, daß die größten Gegner der römischen Macht sich plötzlich zu loyalen Untertanen des Tiberius verwandelt haben sollten.[44])

Auf die Anschuldigung der Juden und die Vernehmung der jüdischen Denunzianten folgt entsprechend der für das magistratische Verfahren geltenden Regel das Verhör Christi durch Pilatus.[45])

Die Frage des Pilatus, ob er der König der Juden sei,[46]) beantwortet Christus, vor dem Landpfleger stehend, zunächst mit der ausweichenden und befremdlichen Gegenfrage, ob Pilatus dies aus sich frage oder auf die Einflüsterung anderer hin.[47]) Erst auf die unwillige Bemerkung des Pilatus: „Bin ich denn ein Jude? Dein Volk und die Hohenpriester haben dich mir übergeben; was ist dein Verbrechen?"[48]) gibt Jesus die ebenso denkwürdige und tiefsinnige als hochidealistische Antwort, die jener nicht versteht oder nicht verstehen will, vielleicht auch nicht begreifen kann: „Mein Reich ist nicht von dieser Welt"[49]) und verweist hierfür auf das ruhige, passive Verhalten seiner Anhänger bei seiner Gefangennahme. Da er sich hiermit eine βασιλεια, wenngleich keine irdische, zugeschrieben hat, wiederholt Pilatus: „Du bist also doch ein König?" Darauf Jesus:

---

tischen Zwecken benutzt werden. L. 2 D. 47, 11; l. 1 § 1 D. 47, 22. S. Mayer S. 406. Dies änderte sich später. Als das Christentum, dessen Bekenntnis zuvor wegen der Verleugnung der römischen Reichsreligion als Reichsfeindschaft und Perduellion aufgefaßt wurde (Mommsen, Strafr. S. 575 f., 579), seit Konstantin den Sieg über das röm. Heidentum errang und die alte Nationalreligion als solche abgeschafft wurde, meinten die christlichen Kaiser, daß sie den richtigen Glauben bestimmen könnten und müßten und erklärten nunmehr umgekehrt, nachdem die Glaubensfreiheit i. J. 379 ausdrücklich aufgehoben war, das Bekenntnis des heidnischen Glaubens (Paganismus, weil sich die Verehrung der alten Götter auf die Dörfer und abgelegenen Gegenden zurückzog.) als Staatsverbrechen. C. Theod. de Paganis, sacrificiis et templis 16, 10; C. Just 1, 11. Die Häresie wurde mit schweren Strafen, sogar mit dem Tode bedroht und als Beleidigung der göttlichen und kaiserlichen Majestät, als Hochverrat betrachtet. C. Theod. de haer. 16, 5. Rein S. 893; S. Mayer S. 408; Mommsen, Strafr. S. 595 ff. Die Gotteslästerung (blasphemia) war dem röm. Recht als Verbrechen fremd (Mommsen, Strafr. S. 579 f., 598), bis sie Justinian mit Todesstrafe bedrohte. Nov. 77 c. 1 § 1. Auf ihn als seinen Vorgänger im röm. Reiche berief sich Kaiser Maximilian i. J. 1495 auf dem Reichstag zu Worms in seiner Satzung von den Gotteslästerern; Roßhirt, Geschichte und System des dtsch. Strafr. III 1839 S. 139; S. Mayer 418 f.

[44]) Vgl. Luk. 23, 2; Joh. 19, 12, 15.

[45]) Genaue Einzelheiten des Verhörs, das nach Joh. 18, 33 im Prätorium stattgefunden haben soll, sind unbekannt, da außer der Umgebung des Prokurators, der schwerlich mit Jesu allein war, kein Zeuge es den außen stehenden Jüngern mitteilen konnte. Strauß, Krit. II S. 543 f. Volkmar S. 591 bestreitet mit Unrecht das Verhör, da Jesus sonst hätte freigesprochen werden müssen.

[46]) Matth. 27, 11, Mark. 15, 2, Luk. 23, 3, Joh. 18, 33. Matth. und Mark. beginnen ihre Darstellung der Verhandlung vor Pilatus mit dieser Frage.

[47]) Joh. 18, 34.

[48]) Joh. 18, 35.

[49]) Joh. 18, 36. Dieser Ausspruch, zweifellos die wahre Ansicht Jesu, fehlt bei den Synoptikern.

„Du sagst es;[50]) ich bin ein König. Ich bin dazu geboren und in die Welt gekommen, daß ich die Wahrheit zeugen soll. Wer aus der Wahrheit ist, der höret meine Stimme.“[51]) Auf das seltsame Geständnis antwortet Pilatus: „Was ist Wahrheit?“, ging wieder hinaus zu den Juden und spricht zu ihnen: „Ich finde keine Schuld an ihm.“[52])

Aus dieser Äußerung ergibt sich, daß Pilatus den Angeklagten, der auf ihn den nicht unsympathischen Eindruck eines unverständlichen, abergläubigen, aber harmlosen, vom Königtum träumenden Schwärmers machte, wohlwollend verhörte und zu dessen Gunsten gestimmt war,[53]) jedenfalls bis jetzt die Merkmale eines politisch gefährlichen Volksstürmers an dem schlichten Mann im Volkskleid ohne Fanatismus in Wort, Gebärde und Blick nicht finden konnte.

Dies veranlaßt die Juden zur Wiederholung ihrer Beschuldigungen gegen Jesus, der sich hiergegen, was den Landpfleger befremdet, nicht verteidigt,[54]) daß er das Volk verführe, indem er seine Lehren in ganz Judäa verbreite, nachdem er von Galiläa ausgegangen.[55])

Diese Herkunft aus Galiläa benutzt Pilatus nach Luk. 23, 6 f., Jesus an seinen Landesherrn Herodes Antipas, den Tetrarchen von Galiläa,[56]) der in Tiberias residierte, aber auch an jenen Tagen wohl anläßlich des Festes zu Jerusalem war und in unmittelbarer Nähe[57]) wohnte, zu überweisen, ohne dazu etwa verpflichtet zu sein oder sich für unzuständig zu erklären. Denn hierfür lag kein Grund vor, da die Kompetenz des Pilatus als forum delicti mit der des Herodes, eines römischen Klientelfürsten, dem die Gerichtshoheit geblieben, als Personalinstanz und bei der Annahme, daß das vorwürfige Verbrechen in Galiläa begonnen, teilweise also auch dort begangen war, auch als forum del. commissi konkurrierte.[58]) Nachdem Herodes die Auslieferung nicht begehrt hatte, so mag Pilatus hierbei von der Erwägung geleitet worden sein, dadurch der Einmischung in einen unerquicklichen religiösen Handel der Juden überhoben zu

---

[50]) Matth. *27*, 11; Mark. 15, *2*; Luk. *23*, *3*.

[51]) Joh. 18, *37*. Vgl. dagegen Keim III S. *368*, *386*, der die johanneische Erläuterung und Einschränkung des Königsbekenntnisses anzweifelt, obgleich man sich wundern müßte, daß Jesus, wie die Synoptiker berichten, den König Israels rundweg bejahte, ohne die Nichtfeindlichkeit seiner Würde gegen die röm. Herrschaft wie im Streitgespräch über die Römersteuer zu betonen.

[52]) Joh. 18, 38, Luk. *23*, 4. Gegen das „vermittlungsuchende Hin- und Hergehen des Pilatus zwischen dem im Palast befindlichen Jesus und den draußen stehenden Juden“ und die „ambulatorisch-peripatetische Geschäftsbehandlung“ nach dem johanneischen Bericht s. Keim III S. *364*, *382* ff.

[53]) Ob und wieviel auch Pilatus' Ehefrau (Procula, *Πρόκλη*), dazu beitrug, kann dahin gestellt bleiben. Matth. *27*, 19; Walther S. *223* ff.; Renan S. *288* f.; Strauß II S. *320*, Krit. II S. 548 f.; Keim III *377* f. Aus der Stelle bei Matth. ergibt sich noch für die Zeit der Verhandlung vor Pilatus, daß diese am frühen Morgen stattfand, nicht erst, wie Joh. 19, 14 im Gegensatz zu 18, *28* („Es war früh“ - *πρωΐ*) berichtet, um die 6. Stunde, d. h., da die Juden die Stunden von Tagesanbruch an zählten, um 12 Uhr mittags; damals war Jesus den Synoptikern zufolge bereits gekreuzigt. Oder sollte Joh. hier gar im Gegensatz zu 4, 6; 11, 9 die röm. Tagrechnung und Stundenzählung (6. Stunde = 6 Uhr morgens) gemeint haben? Vgl. dagegen Keim III S. 395 N. 4 und die dort. Zit.

[54]) Matth. *27*, *12*—14; Mark. 15, 4 f. Keim III S. *370* f.

[55]) Luk. *23*, 5. Jesus war tatsächl. Galiläer. Nach Joh. 19, 9 hat Pilatus Jesus nach seiner Herkunft vergebens gefragt.

[56]) Luk. *3*, 1. Regierungszeit des Herodes: 4 v.—*39* n. Chr.

[57]) Nach Lichtenstein, Leben Jesu S. 432, Aberle, Kathol. Quartalschr. 1871 S. *39*, sogar im gleichen Palast mit Pilatus.

[58]) Mommsen, Strafr. S. 114 f.

werden, zugleich dem Tetrarchen einen Akt internationaler Aufmerksamkeit und Höflichkeit zu erweisen und jenen hierdurch, was wenigstens der Erfolg war, sich zu verbinden.[59]) Doch Herodes lehnt — vielleicht aus gleichen Gründen und im Hinblick auf die Prävention des judäischen und römischen Gerichtes, sowie den bereits erlassenen, wenn auch für ihn unverbindlichen Spruch des Synedriums — nach kurzem Verhör, bei dem Jesus allen Fragen und Anklagen gegenüber in der Rolle des Schweigens beharrt, die Übernahme der Sache ab und sendet ihn an Pilatus zurück.[60])

§ 9.

Pilatus sieht sich daher genötigt, die Verhandlung wieder aufzunehmen.[61]) Gestützt auf die mit der seinigen übereinstimmenden Ansicht des Herodes, sucht er Jesus als des Todes nicht schuldig hinzustellen[62]) — was, soweit dies überhaupt geschichtlich, als Äußerung der freien Abwägung der Beweise durch den Richter gelten kann[63]) — und die Juden zu bewegen, sich statt der Todesstrafe mit dessen Geißelung zu begnügen,[64]) die zwar sonst nach römischer Sitte der Hinrichtung als in dem Todesurteil rechtlich inbegriffene Einleitungs- oder Begleitstrafe vorausgeht,[65]) als körperliche Züchtigung aber namentlich im magistratischen Prozeß bei Freien und Unfreien auch als selbständige Strafe für geringfügige Vergehen vorkommt.[66])

Auch dieser Versuch ist fruchtlos. Pilatus sucht deshalb nach einem Ausweg; einen solchen und eine willkommene Gelegenheit, sich des unwillkommenen Handels zu entledigen, schien ihm die herkömmliche Übung zu bieten, zu Ostern einen Gefangenen freizulassen.[67]) Die Sitte periodischer Begnadigungen anläßlich gewisser freudiger Ereignisse — in Form der Abolition — ist römisch.[68]) Die Übung der Sitte am jüdischen

---

[59]) Luk. 23, 12; Walther S. 192 f., Strauß, Krit. II § 129 S. 544, Keim III S. 380 f., v. Mayr S. 298 oben.

[60]) Luk. 23, 8—11. Vgl. Ap. Gesch. 4, 27; Justin. dial. c. Tryph. 103. Die Geschichtlichkeit dieses Vorgangs bestreiten: Keim II S. 520 N. 3, III S. 381 f. und die von ihm S. 382 N. 1 Angeführten, Strauß II S. 321 f., Krit. II § 129 S. 544 ff. Auch früher scheint Herodes, der sich wenig um religiöse Bewegungen kümmerte, Jesus nie ernstlich beunruhigt zu haben, obgleich sich dieser wie der Täufer Johannes) manchmal sehr strenge über ihn ausgesprochen hatte (Mark. 8, 15, Luk. 13, 31 f.) und der Tetrarch in seiner Residenz Tiberias nur eine oder zwei Stunden von dem Bezirk, den Jesus sich als Mittelpunkt seiner Tätigkeit erwählt hatte, entfernt war und von seinen Wundern hörte. Matth. 14, 1; Mark. 6, 14; Luk. 9, 7 ff.; 23, 8; Joh. 7, 1. Renan S. 237 f.; Keim II S. 519 ff., 614 f., III S. 132 N. 1; Schürer I 2. Aufl. S. 336 f., 3. u. 4. Aufl. S. 442 f.

[61]) Luk. 23, 13.

[62]) Luk. 23, 14 f., 22.

[63]) v. Mayr S. 301.

[64]) Luk. 23, 16, 20, 22; Joh. 19, 1 ff. Strauß, Krit. II S. 552 f.

[65]) Cic. pro C. Rab. 4; Cic. Verr. 5, 54; Liv. 34, 2 u. a.; Mommsen, Strafr. S. 938 f., 984.

[66]) D. 48, 2, 6; 12, 2, 13, 6; 37, 14, 1; 47, 9, 4, 1; 48, 19, 6, 2. Mommsen, Strafr. S. 985. An die jüdisch-rechtl. Strafe gemäß 5. Mos. 25, 2 f. ist hier nicht zu denken, da diese das jud. Gericht selbständig ohne Mitwirkung der röm. Behörde hätte vollziehen können. Unrichtig Walther S. 230 ff.

[67]) Matth. 27, 15 ff., Mark. 15, 6 ff., Luk. 23, 17 ff., Joh. 18, 39.

[68]) L. 8 ff. D. ad S. C. Turpil. et de abolit. crim. 48, 16; C. Theod. de indulg. crim. 9, 38, l. 1 u. 12. — Im Hinblick auf Joh. 18, 39 (συνήθεια ὑμῖν), sowie Luk. 23, 17 (ἀνάγκη) wurde vielfach angenommen, daß die Gewohnheit den Juden eigentümlich gewesen sei; Lundius, Jüdische Heiligtümer (1701) S. 1010;

Digitized by Google

Osterfest geschah aus Rücksicht auf die nationalen Eigentümlichkeiten dieser Provinz, wie in der christlichen Kaiserzeit die Osterbegnadigungen eine regelmäßige Erscheinung wurden.[69]) Da die Abolition aber nur in Form eines Spezialgesetzes, durch Senatsbeschluß[70]) oder durch kaiserlichen Erlaß ausgeübt werden konnte und den Statthaltern ein Begnadigungsrecht sonst nicht zukam, ist im Prozeß Jesu nur an das dem Kriminalrichter im magistratischen Prozesse zustehende Recht, das Verfahren fallen zu lassen, einzustellen,[71]) oder an eine besondere, an nicht näher bekannte jüdische Gebräuche anknüpfende kaiserliche Ermächtigung[72]) zu denken. Während sonst das Majestätsverbrechen bei den Abolitionen und Amnestien ausgenommen zu sein pflegte,[73]) war dies hier offenbar nicht der Fall.

Pilatus, der wußte, daß Jesus nur infolge der leidenschaftlichen Eifersucht der Hierarchen angeklagt und verhaftet wurde,[74]) wollte ihm diesen Brauch und die günstige Gelegenheit zugute kommen und das auf Jesus anscheinend besser gestimmte Volk entscheiden lassen. Er schlug deshalb der Menge, die der Gepflogenheit gemäß um Losgabe eines Gefangenen bat,[75]) entgegenkommend, großmütig und ironisch zugleich, vor, den „König der Juden" freizulassen[76]) und stellte ihn, um seine Losbittung um so sicherer zu erzielen, zur Auswahl mit einem δέσμιος ἐπίσημος, einem gewissen wegen Aufruhrs und Mordes verhafteten Barrabas (der zufällig auch Jesus hieß), zusammen, von dem er kaum erwartete, daß man ihn vorziehen würde. Die Juden, den zwei ersten Evangelien zufolge von den Hohenpriestern und Ältesten hierzu veranlaßt, verlangen aber auf wiederholtes Befragen stürmisch und beharrlich nicht Jesu, sondern Barrabas' Begnadigung und Jesu Kreuzigung.[77]) Daß Pilatus dem Volke die Wahl zwischen beiden ließ, ist nicht etwa nur aus Parteisucht oder Popularitätshascherei erklärlich,[78]) sondern entsprach der Gewohnheit, auf die Wünsche des Volkes Rücksicht zu nehmen und denjenigen loszugeben, welchen es begehrte.[78a]) Doch daß Pilatus unbedingt

Walther S. 205 ff.; Quistorp, Grunds. des dtsch. pelnl. Rechts, 6. Aufl. 1796, II § 850 d; Langen, Die letzten Lebenstage Jesu 1864 S. 271 f.; Keim III S. 372 N. 3 f. und die dort. Zit. Hiervon findet sich aber in den jüdischen Schriften oder im alten Testament keine Spur; im Gegenteil: Wer das Gesetz Mosis bricht, muß sterben ohne Gnade oder Barmherzigkeit: Hebr. 10, 28; niemand konnte die Strafe erlassen. Saalschütz S. 487 ff., S. Mayer S. 276 N. 43.

[69]) C. Th. 9, 38, 6 ff.; C. 1, 4, 3; Cassiodor, var. 11, 40. Jos. Ant. 20, 9, 3. Walther S. 216 ff.

[70]) D. de cust. 48, 3, 2, 1; Tacit. Ann. 3, 70.

[71]) L. 2 C. de abol. 9, 42; Mommsen, Strafr. S. 340, 453 ff.

[72]) Mit Rücksicht auf Joh. 18, 39; Hirschfeld, Die ritterlichen Provinzialstatthalter S. 439; Schürer I 3. u. 4. Aufl. S. 469; Keim a. a. O.

[73]) L. 3 D. 48, 20. Mommsen, Strafr. S. 588 N. 4. Nachdem das Christentum Staatsreligion geworden, pflegten auch die Ketzer neben den Kapitalverbrechern von den Osterbegnadigungen ausgeschlossen zu werden. Mommsen S. 600 N. 4, 605.

[74]) Matth. 27, 18, Mark. 15, 10.

[75]) Mark. 15, 8. Keim III S. 372 f.

[76]) Mark. 15, 9, Joh. 18, 39; vgl. Matth. 27, 17. Renan S. 289, Keim l. c. S. 373.

[77]) Matth. 27, 16 f., 20 ff., Mark. 15, 7, 11 ff., Luk. 23, 18 ff., Joh. 18, 40, Ap. Gesch. 3, 14. Keim III S. 374 f. Näheres über Barrabas und den Aufruhr, an dem er beteiligt war, ist nicht überliefert.

[78]) So mit Unrecht: v. Mayr S. 301.

[78a]) Matth. 27, 15, Mark. 15, 6. S. Mayer S. 276.

Digitized by Google

verpflichtet war, den Wunsch der Menge zu erfüllen und Barrabas freizugeben,[79]) ist kaum anzunehmen.

Nachdem alle Versuche zur Rettung des Lebens Jesu an der religiösen Verbissenheit und Hartnäckigkeit der Juden gescheitert, gibt Pilatus dem ungestümen Drängen der Menge nach, nimmt angeblich in Nachahmung jüdischer Sitte[80]) und in — bei den Römern nicht seltener, hier freilich unwahrscheinlicher — Anpassung an die nationalen Eigentümlichkeiten der Provinz den symbolischen Akt der Handwaschung vor,[81]) läßt hierauf Jesus geißeln und übergibt ihn schließlich seinen Soldaten zur Kreuzigung.[82])

Hieran schließt sich unter den Augen des Pilatus die empörende Szene der Dornenkrönung usw., die mit ebenso geläufigen wie plumpen Volks- und Soldatenwitzen und namentlich einer im römischen Mimus der damaligen Zeit beliebten Verspottungsform für die Juden und deren König in Verbindung gebracht wird.[83]) Wenn auch kein Gesetz den Verurteilten vor willkürlichen Mißhandlungen der Henker und des Pöbels schützt, so läßt sich doch nur schwer begreifen, wie römische Behörden sich zu solchen Würdelosigkeiten und Schändlichkeiten hergeben und herablassen mochten.

Joh. 19, 4 ff. schiebt in weiterer Ausspinnung der Gerichtsszene zwischen die nach seiner Darstellung zunächst an Stelle der Hinrichtung gewissermaßen auf Grund Zwischenbeschlusses[84]) als selbständige Strafe[85]) tretende Geißelung und den auf die neuerdings von den Juden vorgebrachten Gravamina ergangenen Endbeschluß[86]) auf Hinrichtung einen letzten Rettungsversuch ein: Pilatus läßt Jesus vor das Volk führen, sucht durch den Hinweis auf den Gegeißelten und dessen kläglichen Anblick Eindruck auf die erbitterten Gemüter zu machen und Mitleid zu erregen und ruft, da dies nichts nützt und die schreiende Menge beharrlich die Kreuzigung verlangt, entrüstet: „Nehmet und richtet ihr ihn! Ich finde keine Schuld an ihm.“ Die Juden berufen sich aber auf ihr Gesetz, wonach der sterben müsse, d. h. mit dem Tode zu bestrafen sei, der sich selbst zu Gottes Sohn gemacht,[87]) und verlangen damit, daß der römische Richter auch vor seinem Forum das jüdische Recht als maßgebend anerkenne. Wenn man mit Bezug hierauf meint, daß der römische Prokurator seiner Entscheidung, wenn es ihm beliebte, das jüdische Recht zu Grunde legen und nur dann zu einem Todesurteil gegen Jesus kommen

---

[79]) So ohne weitere Begründung: Renan S. 290. Ähnlich Keim III 375: „Pil. mußte nach der Sitte das Volksurteil sich gefallen lassen“.

[80]) 5. Mos. 21, 6 f.; Ps. 26, 6; 73, 13; Mischna III 5, Sotah VIII 6; Jos. Ant. IV 8, 16. — Walther S. 305 ff. nimmt dagegen eine lustratio expiatoria nach röm. Art an.

[81]) Matth. 27, 24, die andern Evangelien berichten dies nicht. Vgl. Strauß, Krit. II § 129 S. 550 f., Keim III S. 377 N. 3, 378, Mommsen, Strafr. S. 240 f. N. 2, v. Mayr S. 301 f.

[82]) Matth. 27, 26, Mark. 15, 15, Luk. 23, 24 f. Keim III S. 389 ff.

[83]) Matth. 27, 27 ff., Mark. 15, 16 ff., Joh. 19, 2 f., 5. Luk. 23, 11 schildert einen ähnlichen Vorfall bei Herodes. Walther S. 195 ff., 250 ff., Renan S. 290 f., Salvador, hist. des instit. II p. 89. Keim III S. 393 ff., Herm. Reich, Der König mit der Dornenkrone, Neue Jhrbb. für das klass. Altertum 1905.

[84]) v. Mayr S. 302.

[85]) Nicht als Tortur, um Jesu Schweigen zu brechen und die Wahrheit herauszubringen. Vgl. Walther S. 248.

[86]) Vgl. auch l. 42 D. de re iud.

[87]) Joh. 19, 7; vgl. 10, 33.

konnte,[88]) so widerspricht dem einerseits der Gang der Verhandlung, die sich nach der übereinstimmenden Darstellung der Evangelisten im wesentlichen um die Frage, ob sich Jesus zum König der Juden aufwarf, also nicht um das durch das jüdische Urteil getroffene Religionsdelikt, sondern um das in dem Tatbestand gelegene römische Staatsverbrechen dreht, ebenso wie in den überlieferten Märtyrerakten nicht so sehr die Nachfolge Christi, als vielmehr die angebliche Auflehnung gegen die staatliche Obrigkeit, die Reichsfeindschaft als Staatsverbrechen[89]) den Kern des Prozesses und der Verurteilung bildete, anderseits die Art der ausgesprochenen Strafe, die Kreuzigung, da der Angeklagte wegen Religionsverbrechens nach mosaischem Gesetz hätte gesteinigt werden müssen.

Das weitere Zaudern des Pilatus aber, der Jesus wiederholt Gelegenheit zur Verteidigung gibt und ihn vergeblich durch die Drohung mit der ihm zustehenden Gewalt über sein Leben, daß er Macht habe, ihn zu kreuzigen oder loszugeben,[90]) zu einer Antwort an seine Angreifer zwingen will, schneiden die Juden ebenso hartnäckig wie schlau mit der vielsagenden Warnung ab, daß er ein Feind des Kaisers sei, wenn er den freilasse, der sich zum König aufwerfe und sich damit gegen den Kaiser empöre.[91]) Nun endlich, da die Juden ihre letzte, kräftigste Karte ausspielen und, an die anfängliche Verhandlung über das Königtum Jesu wieder anknüpfend, die Weigerung, den vorgeblichen Judenkönig zu verurteilen, als Untreue gegen den Kaiser drohend hinstellen, gibt Pilatus nach und erklärt — in Anwendung nicht des jüdischen, sondern des römischen Strafgesetzes über Staatsverbrechen — nicht ohne Hohn, er lasse ihren König kreuzigen.[92])

Der Statthalter entscheidet als Einzelrichter ohne Mitwirkung von Geschworenen. Doch steht ihm regelmäßig oder doch häufig ein aus seinen comites bestehendes consilium (συμβούλιον) von adsessores oder πάρεδροι beratend zur Seite.[93]) Prozessual notwendig war dies im Prozeß Jesu also nicht. Eine solche Beratung des Prozeßrichters mit seinem consilium scheint hier auch nicht stattgefunden zu haben.

Pilatus verkündete nach kaum einstündiger Verhandlung morgens etwa 8 Uhr[94]) selbst vom Tribunal aus seine Entscheidung, die kein Urteil im technischen Sinne, sondern nur die Verfügung, die Hinrichtung zu vollziehen, einen Exekutionsbefehl, enthielt, öffentlich, in Gegenwart der Parteien (insbesondere des Angeklagten) und des Volkes.[95]) Die Verkündung

---

[88]) So Schürer I 2. Aufl. S. 402, 3. u. 4. Aufl. S. 481, II 2. Aufl. S. 161, 3. Aufl. S. 209; gegen ihn v. Mayr S. 300 N. 2.

[89]) Mommsen, Strafr. S. 575 f.

[90]) Joh. 19, 10. Walther S. 275 ff.

[91]) Joh. 19, 12. Walther S. 286 ff.

[92]) Joh. 19, 13—16. Vgl. C. Sigonius, de republica Hebraeorum, Medisburgi 1678, lib. VI. c. 8. de poenis, p. 476.

[93]) Cicero, Ver. V, 6, 12; 8, 18; 21, 54; 44, 114; Joseph. Ant. 14, 10, 2; 16, 2, 3; Suet. Tib. 33, Galb. 14; Philo, leg. ad Gaium § 33; Eus. hist. 6, 41; Senec. tranq. 3; Acta Apost. 25, 12; D. 28, 4, 3. Mommsen, Strafr. S. 138 ff., 149 f., 239, 348; Geib S. 244 ff., 443 ff.; Schürer I 2. Aufl. S. 391, 3. u. 4. Aufl. S. 469.

[94]) Keim III S. 376. Nach Joh. 19, 14 um die 6. Stunde (12 Uhr) nach mehrstündiger Verhandlung (s. 18, 28).

[95]) Matth. 27, 19 ff., 26, Mark. 15, 12 ff., 15, Luk. 23, 13 ff., 24, Joh. 19, 13 ff., 16. Nach. Joh. 19, 1, 13, wonach sich Pilatus erst nach der Geißelung zum Endentscheid auf den Richtstuhl setzte, mag diese de plano verfügt worden sein. Walther S. 249. Bei levia crimina war dies zulässig. L. 9 § 3 D. 1, 16; l. 6 D.

konnte mündlich oder mittels Verlesung des Konzeptes geschehen.[96]) Entscheidungsgründe in den magistratischen Spruch aufzunehmen, war zulässig, aber nicht notwendig.[97]) Seit dem Prinzipat wird infolge der Übertragung des kriegsgerichtlichen Verfahrens auf den bürgerlichen Strafprozeß die Vollstreckung der Todesurteile regelmäßig verfügt durch den Befehl des Magistrats an einen Offizier oder Soldaten, den Verurteilten abzuführen.[98])

§ 10.

Der Hinrichtungsbefehl und seine Begründung.

Der im Wortlaut nicht überlieferte[99]) Befehl des Pilatus zur Hinrichtung Jesu erfolgte zwar wegen eines anderen Verbrechens, richtiger einer anderen rechtlichen Qualifikation, als die Verurteilung durch das jüdische Gericht. Beiden Entscheidungen lag aber der gleiche Sachverhalt zugrunde. Nur hierauf kommt es beim Delibationsverfahren an.

Entsprechend dem mosaischen Strafrecht, das die politischen Verbrechen — im Gegensatz zu Athen und Rom, wo sie einen großen Teil des Kriminalrechts bildeten — nicht berührte und infolge der theokratischen Verfassung des israelitischen Staates grundsätzlich alle Straftaten als Verletzungen der geoffenbarten Gesetze Gottes, des Königs, Gesetzgebers und Richters Israels, als Abfall von Gott oder Empörung (Pescha) gegen ihn, somit als Religionsverbrechen betrachtete,[100]) hat das jüdische Urteil die Tat Jesu als Religionsverbrechen qualifiziert. Gleichwohl war damit der Tatbestand des Staatsverbrechens im römisch-rechtlichen Sinne[101]) doch insofern schon festgelegt, als hiernach Jesus sich als Christus und Gottessohn, d. h. mit dem für den Messias üblich gewordenen Titel, bezeichnet hatte,[102]) auch als „Sohn Davids" hatte anreden lassen[103]) und Christus oder Messias, Gesalbter (Maschiah oder Meschiach, Meschicha), als gewöhnlicher Beiname der mit Öl gesalbten Könige soviel

---

48, 2. Mommsen, Strafr. S. 361 f., 447 N. 3. Pilatus hat den vorwürfigen Fall in der Tat als Bagatellsache behandeln, den Angeklagten züchtigen und dann loslassen wollen.

[96]) C. Th. 4, 17; C. 7, 44 de sent. ex periculo recit. Mommsen, Strafr. S. 447 f.; Geib S. 148.

[97]) Mommsen, Strafr. S. 449 N. 2.

[98]) Seneca. de ira 1, 18; de tranq. an. 14; Plinius. ad Trai. 96, 3. Mommsen, Strafr. S. 923 f., Schürer I 2. Aufl. S. 392 f., 3. u. 4. Aufl. S. 470 ff.

[99]) Die in den Act. Pil. c. 9, bei Walther S. 402 ff., Friedlieb S. 125, S. Mayer S. 428 f. N. 27 f. zit. Urkunden sind natürlich nicht echt.

[100]) S. Mayer S. 306.

[101]) Im Gegensatz hierzu steht das Staatsverbrechen im jüdischen Sinne, indem nämlich das jüd. Recht — gemäß der Stellung Gottes als Staatsoberhaupt in der Theokratie — z. B. die Lästerung Gottes als Majestätsbeleidigung und Hochverrat, die Abgötterei (den Abfall vom wahren Gott) sowie die Verführung hierzu als Hochverrat und gegebenenfalls Aufruhr beurteilte. Duschak S. 22, 26, 36.

[102]) S. oben; v. Mayr S. 300 N. 3.

[103]) Matth. 1, 1; 9, 27; 12, 23; 15, 22; 20, 30 f.; 21, 9 und 15; 22, 42; Mark. 10, 47 f.; 11, 9 f., Luk. 1, 32; 18, 38 f.; Joh. 7, 42. Jesus selbst nannte sich nie „Sohn David"; als Sohn Gottes hielt er sich auch nicht dafür oder legte wenigstens kein Gewicht auf die davidische Abstammung und fügte sich nur in die Gedanken seiner Zeit, obwohl sie nicht genau mit seinen übereinstimmten. Renan S. 183 f.; Strauß I S. 282 ff., II S. 5 ff.; Keim I S. 326, 328, III S. 155 f.

Digitized by Google

wie König bedeutete[104]) und insbesondere der nationaljüdischen sinnlich-politischen Messiashoffnung als der künftige König Israels aus Davids Geschlecht galt, der das Volk retten und an seinen Feinden rächen und das Reich Israel wieder aufrichten werde, — ein Traum, der seit dem Ende der Hasmonäer durch alle Sinne ging.[105]) Dazu kam, daß Jesus selbst mit der Danielstelle Herrscherrechte in Anspruch nahm und die wirkliche an ihm durch eine Frau vollzogene Salbung nach Art der Könige gut hieß,[106]) endlich der verhängnisvolle feierliche Einzug in die Hauptstadt des Landes, wobei die jubelnde Anhängerschar ihn als Sohn Davids, als König ausrief, was er, von seiner höheren Sendung überzeugt, trotz Warnung einiger Pharisäer genehmigte.[107])

So ermöglichte es der politische Charakter der jüdischen Messiasidee, den Mann, den man aus hierarchischen Gründen verfolgte, politisch verdächtig zu machen. Diese Idee hatte sich Jesus zwar nur zögernd und mit Ablehnung der sinnlich-politischen Seite angeeignet; aber von dieser Ablehnung hatte das Volk, seine ihm am nächsten stehenden Jünger nicht ausgeschlossen,[108]) bis dahin um so weniger Notiz genommen, je unverständlicher sie ihnen war. Gemäß den sinnlichen messianischen Vorstellungen jener Zeit erwartete man von Christus Gründung einer weltlichen Macht, eines irdischen Reichs und weltliche Ehrenstellen. Um so leichter konnten die jüdischen Oberen dem Pilatus den Anhang, den Jesus unter dem Volke fand, das religiöse und politische Hoffnungen nicht streng zu sondern vermochte und ihn zum Könige machen wollte,[109]) den Zulauf zu seinen Vorträgen, die Huldigungen, die ihm zuteil geworden, in politisch gefährlichem Lichte darstellen,[110]) zumal die politisch gefaßte Messiasidee bei allen jüdischen Aufständen vor und nach Christus die innerste Triebfeder bildete.

Wie so mancher damals aufgetretene Messias von der mißtrauisch gewordenen römischen Herrschaft als politischer Unruhstifter und Hochverräter nach der Überlieferung römischer[111]) und jüdischer[112]) Geschichtschreiber verfolgt und bestraft wurde, so konnte bei Würdigung des politischen Elements im Auftreten Jesu, nachdem sogar die oberste jüdische

---

[104]) Vgl. Sam. I 24, 7; 26, 9; II 1, 14 u. 16; 23, 1; Habakuk 3, 13; Klagel. Jerem. 4, 20; Jes. 45, 1; Ps. 2, 2. Saalschütz S. 86 N. 114.

[105]) Selbst Paulus 1. Kor. 15, 24; 4, 8. S. ferner Luk. 1, 32 f., 68 ff.; 24, 21; Ap. Gesch. 1, 6. Keim I S. 240 ff., 547, Renan S. 183, Schürer II 2. Aufl. S. 418 ff., 444 ff., 3. Aufl. S. 498 ff., 527 ff. Abw. Jost I S. 396 f. — Die Messiasfrage hat die politische Bedeutung erst für die Israeliten der Neuzeit verloren; der Glaube an einen persönlichen Messias, der Staat und Opferkultus wieder herstelle, ist geschwunden.

[106]) Matth. 26, 6 ff.; Mark. 14, 3 ff.; Luk. 7, 36 ff.; Joh. 12, 1 ff. Strauß, Krit. I § 88, Keim III S. 221 ff.

[107]) Luk. 19, 39 f.

[108]) Strauß I S. 349 f.

[109]) Joh. 6, 15; 12, 13; 1, 49; Luk. 19, 38.

[110]) Strauß II S. 316; vgl. Krit. I § 64.

[111]) Sueton. in vita Vespas. c. 4; in vita Claudii c. 25.

[112]) Theudas (44—46 n. Chr.) wollte seinen Messiasberuf durch die Kunst beweisen, den Jordan zu teilen und trockenen Fußes durchzugehen; der Prokurator Cuspius Fadus ließ ihn enthaupten. Joseph. Antiqu. XX 5 § 1; Ap. Gesch. 5, 36. S. auch Jost I S. 422 N. 2; Schürer I 3. u. 4. Aufl. S. 566. Ein ägyptischer Jude trat um das Jahr 58 als Prophet auf und versprach mit dem Hauche seines Mundes die Mauern Jerusalems einzustürzen und die Römer zu besiegen; der Prokurator Felix ließ seine Anhänger niederhauen, der Wundertäter entkam. Jos. Ant. XX 8 § 6; de bello Jud. II 13, 4 f. Ap. Gesch. 21, 38; 24, 27; s. auch Joh. 11,

Behörde den eigenen Volksgenossen des Todes würdig befunden hatte, auch in Pilatus, obschon er keinen Augenblick daran denken mochte, daß es noch einen Erben des Rechts der alten Dynastie gäbe, die johanneische zweideutige, kaum richtig gewürdigte, ein Geständnis freilich enthaltende Erklärung Jesu, nach den Synoptikern sogar die unumwundene Behauptung, König der Juden zu sein, im Zusammenhang mit der unwidersprochenen Darstellung dessen Wirkens durch die Juden die Überzeugung hervorrufen, daß Jesus ein gefährlicher, die Ruhe des Landes störender politischer Messias und usurpator imperii oder regiae potestatis sei und einen Umsturz der bestehenden Verfassung, ein neues jüdisches Königtum beabsichtigte, zumal bei der bekannten Unzufriedenheit jener bewegten Zeit mit der römischen Herrschaft, die schließlich in dem letzten Befreiungskampf ihren Höhepunkt fand. Dieses Verbrechen, wenn es, wie nicht, vorgelegen hätte, konnte der römische Richter nach damaligem Recht für todeswürdig erklären.[113]) Denn die Strafe des Staatsverbrechens war zwar äußerst ungleich und im allgemeinen arbiträr; aber seit Tiberius, qui atrocissime exercebat leges maiestatis (Suet. Tib. c. 58), sub quo ... omne crimen pro capitali recipiebatur etiam paucorum simpliciumque verborum (Suet. Tib. 61), wurden die kapitalen Majestätsprozesse häufig.[114]) Die Kreuzigung wurde die gewöhnliche Strafe, deren sich die Römer in den Provinzen gegen Aufrührer und Hochverräter bedienten.[115])

Ein Staatsverbrechen in diesem Sinne hat aber Jesus durch die Verkündung des Reiches Gottes niemals begangen oder begehen wollen, obwohl er nicht alles vermied, was auf eine Absicht, Unruhen zu stiften, gedeutet werden konnte, und deshalb die Pharisäer eifrigst und erfolgreich bestrebt waren, ihn auf das politische Gebiet hinüberzuziehen, mit einem andern Galiläer, Judas dem Goloniter (aus Gaulonitis), der zur Zeit des Census (i. J. 7) das Volk gegen die Römer aufwiegelte und samt seinen Genossen gekreuzigt wurde,[116]) auf gleiche Stufe zu stellen und in dessen von Römern und Hierarchen gefürchteter Partei zu kompromittieren.[117]) Er verhehlte sich freilich nicht, daß er einen gewaltigen Sturm in der Welt erregen werde, und sprach davon, daß er nicht gekommen sei, Frieden zu senden auf Erden, sondern das Schwert,[118]) daß

48; Jost I S. 428. — Beispiele aus späterer Zeit sind: Simon Bacoch(e)ba, d. i. Sternensohn (4. Mos. 24, 17), unter Hadrian, Sabbathai Zebi unter Mohamed IV im 17. Jahrh. Vgl. S. Mayer S. 216 f., 429; Jost II (1858) S. 75 ff., III (1859) S. 153 ff.; Schürer I 3. u. 4. Aufl. S. 670 ff. mit weiteren Lit.-Angaben über den Aufstand unter Hadrian (132—135).

[113]) Majestätsverbrechen s. Paul., Recept. Sent. V 29 § 1; Volksaufwiegelung s. dortselbst V 22 § 1: Auctores seditionis et tumultus vel concitatores populi pro qualitate dignitatis aut in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur. Ebenso L. 38 § 2 D. de poen. 48, 19. L. 2 C. de seditiosis 9, 30. D. ad leg. Jul. maiest. In der späteren Kaiserzeit wurde der Religionsstifter als Unruhstifter, die Einführung neuer Götter und neuer Kultgebräuche als Kapitalverbrechen bestraft. Paul. V 21, 2; l. 30 D. 48, 19. Mommsen, Strafr. S. 579 N. 2.

[114]) Außer Sueton. Tib. 58, 61: Tacit. Ann. 4, 70; 6, 18 (24). Rein, Krim.-Recht der Römer, Lpz. 1844, S. 566 ff. Mommsen, Strafr. S. 588 f., 591, 942 f., 1039 f.

[115]) Jos. Ant. XVII, 12, Bell. Jud. II 2 u. 3 pp. Sigonius, de republica Hebraeorum, lib. VI. c. 8. p. 476; Rein S. 524, 574, 913.

[116]) Ap. Gesch. 5, 37. Jos. Ant. XVIII, 1 u. 2. XX. 1.

[117]) Noch A. Geiger, Judentum a. a. O., parallelisiert.

[118]) Matth. 10, 34 ff., Luk. 12, 51 ff.

er gekommen sei, Feuer auf Erden zu entzünden;[119]) aber die Befreiung, die er im Sinne hatte, und der Kampf um diese Befreiung war von ganz andrer Art.[120]) Die von ihm ausgehende Bewegung war eine ausschließlich geistige, keine politische. Er hat sich am wenigsten an dem politischen Tun und Treiben seiner Zeit beteiligt, das ihm fremd und gleichgültig war.[121]) Sein Streben ging vielmehr auf Lostrennung der Religion, wie vom Zeremoniell, so von der weltlichen Politik; deshalb wollte er ja das enge Band, das in der jüdischen Volksvorstellung den Messias mit David verband, lockern.[122]) Die Messiasidee seiner Landsleute hatte er sich nur mit Ablehnung der politischen Seite angeeignet; die sinnliche Idee machte er zum vergeistigten Ideal. Obwohl das Volk ihn nicht bloß als den Propheten bezeichnete, der kommen sollte, sondern gewaltsam zum König machen wollte,[123]) so hat er sich doch nie den Titel „König der Juden" beigelegt, auch eine solche Würde nie erstrebt, sondern seine Feinde haben, teils aus Unverstand, teils in böser Absicht und auf den notorischen und begründeten Argwohn der römischen Herrschaft rechnend, diese Bezeichnung als den Inbegriff seines ganzen Tun und Wollens hingestellt. Dies war die größte Ungerechtigkeit, die Jesus widerfahren. Ein Herrscher des Volkes mit Scepter, Krone und Schwert zu werden, dazu war er nicht angetan. Des Menschen Sohn ist nicht gekommen, daß er sich dienen lasse, sondern daß er diene.[124]) Sein Königtum wollte ihn mit dem Kaiser in keine Kollision bringen. Denn sein Reich, das sich einzig auf den Besitz der Wahrheit und deren Verkündung beschränkte und dessen Wesen er besser und prägnanter nicht hätte erklären können, so sehr man ihn hierin mißverstand und politische Absichten bei ihm voraussetzte, ist kein irdisches, nicht von dieser Welt.[125]) Er hat vielmehr stets die römische Herrschaft als bestehende Macht anerkannt und sich nie dagegen aufgelehnt; er hat aufgefordert, dem Kaiser zu geben, was des Kaisers ist,[126]) der, wenn auch heidnischen, Obrigkeit untertan zu sein.[127]) Er lehnte es sogar ab, Richter und Schiedsmann in materiellen Dingen zu sein.[128])

Wenn aber Jesus keinen politischen, insbesondere hochverräterischen Zweck verfolgte, auch keine öffentliche Gewalttätigkeit[129]) beging oder beabsichtigte, so könnte vom Standpunkt des Strafrechts höchstens eine polizeiliche Ruhestörung in Frage kommen.[130])

Die, abgesehen von der stürmischen Verhandlung, prozeßordnungsmäßig ergangene Entscheidung Pilatus' war daher materiellrechtlich und objektiv falsch und auf tatsächlichem Irrtum beruhend.

Wesentlich verschieden hiervon ist die andere Frage, ob schon Pilatus sich dessen bewußt war. Diese Frage ist unbedingt zu verneinen.

---

[119]) Luk. 12, 49.
[120]) Joh. 8, 32 ff.
[121]) Renan S. 110.
[122]) Strauß I S. 283.
[123]) Joh. 6, 14, 15; Luk. 19, 38.
[124]) Matth. 20, 28.
[125]) S. oben; ferner Matth. 20, 25 f.; Luk. 17, 20 f.
[126]) Matth. 22, 21; Mark. 12, 17; Luk. 20, 25. Vgl. Talmud v. Jerus. Sanhed. 2, 3.
[127]) Vgl. Joh. 19, 11, Röm. 13, 1.
[128]) Luk. 12, 13 f.
[129]) L. 3 pr., § 2, l. 10 pr. D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6.
[130]) Henke, Neues Arch. II S. 548; Rein S. 523; S. Mayer S. 344.

Wenn er auch von der sachlichen Richtigkeit seiner Entscheidung — die ihm sicherlich nicht so schwer fiel, wie sein von den Evangelisten wohl mit besonderer Geflissenheit und Absicht betontes und zum guten Teil übertriebenes charakteristisches Zaudern und offensichtliches Bestreben, Jesus als unschuldig hinzustellen, den Vollzug der Todesstrafe an ihm hintanzuhalten und nach einer dem ersten Evangelium eigentümlichen Episode sogar die Verantwortung hiefür auf die Juden, die sich damit einverstanden erklärt haben sollen, abzuwälzen,[131]) annehmen ließe, — in freier Würdigung des Beweisergebnisses nicht recht überzeugt und schließlich nur wider Willen dem zähen Ansturm und dem wilden Drängen der jüdisch-nationalen Eiferer unterlegen schien und damit den nicht ganz unbegründeten und durch die sonstigen historisch glaubwürdigen Nachrichten[132]) über ihn bestätigten[133]) Vorwurf des ängstlichen und unentschlossenen Charakters, der Energielosigkeit und Nachgiebigkeit[134]) auf sich geladen hat, — so kann man doch keineswegs sagen, er habe bewußt ohne selbständige Untersuchung und ohne jede rechtliche Basis, nur um seine Beziehungen zu den maßgebenden Faktoren des jüdischen Volkes freundlicher zu gestalten oder ihnen wenigstens einen Angriffspunkt zur Erschütterung seiner Stellung zu entziehen, oder weil er eine Anklage gegen sich[135]) oder gar einen Aufstand der Juden fürchtete, einer Schar jüdischer Fanatiker seinen rächenden Arm geliehen, zumal nirgends der Vorwurf der Ungerechtigkeit oder Willkür gegen ihn begegnet und er in der Tat kein ihm geeignet scheinendes Mittel unversucht gelassen, um die jüdische Leidenschaft zu besänftigen und Jesus freizugeben, auch in einem andern Falle — bei der Abfassung der Kreuzesinschrift — seine Überzeugung mit Energie behaupten und jüdischen Zumutungen und Einflüsterungen energischen Widerstand, der freilich hier weniger am Platze war, hat entgegensetzen können.[136])

Da Pilatus, wie wir nach seinem Verhalten annehmen müssen, den religiösen Hintergrund der auf das politische Gebiet herübergespielten Sache gefühlt hat, war für ihn in ganz besonderem Maße Vorsicht geboten, ehe er seine verantwortungsvolle Entscheidung traf, um damit einer verblendeten Orthodoxie in Wahrheit nur Henkerdienste zu leisten. Sein Streben, diese Vorsicht anzuwenden, zeigt sich eben in seinem Zögern und Weigern, ein von den Juden preisgegebenes, von ihm nicht

---

[131]) Matth. *27, 24* f. Vgl. hierüber Strauß II S. 319 f., Krit. II S. 551. *Πᾶς ὁ λαός* bei Matth. *27, 25* heißt natürlich nicht universus populus, wie die Vulg. übersetzt, sondern die ganze Menge, das ganze anwesende Volk (im üblen Sinn des Wortes). Vgl. S. Mayer S. 421 N. 4; Jost I S. 409. Mit Unrecht hat man später das ganze jüd. Volk für die Kreuzigung Christi verantwortlich gemacht.

[132]) Vgl. W. Creizenach, Legenden und Sagen von Pilatus, Paul und Braunes Beiträge z. dtsch. Literatur I, K. Borinski, Die Pilatuslegenden im 17. Jahrh., Anzeiger für dtschs. Altertum 1888 S. *222* ff.; derselbe, Eine alte deutsche Revision des Prozesses Jesu, Beil. z. Allgem. Ztg. 1904 Nr. 196 S. 386 f. Auch die Behauptung, daß Pilatus durch Selbstmord endete, (Eusebius, hist. eccl. *2, 7*; Paulus Orosius, hist. adv. pag. *7, 5* § 8; Cassiodor, chronic. ad a. p. Chr. n. *34*) entbehrt historischer Beglaubigung. Vgl. Schürer I 3 u. 4. Aufl. S. *492* f. N. 151.

[133]) G. A. Müller, Pontius Pilatus pp, Stuttg. 1888, gibt S. V—VIII ein Verzeichnis der Spezialliteratur über Pilatus; ferner Schaab, Pont. Pil., ein Zeitbild, 1892.

[134]) In einen gewissen Widerspruch hiermit steht, daß Pilatus von Philo (gestorben etwa i. J. 50) de leg. ad Gaium § 38 als unbeugsam, rücksichtslos und starrsinnig bezeichnet wird.

[135]) Siehe die Warnung der Juden bei Joh. 19, 12; Renan S. *291* f.

[136]) Joh. 19, *21* f. — Vgl. außerdem Jos. Ant. 18, 4.

hoch taxiertes jüdisches Menschenleben ohne weiteres auf jüdisches Begehren hin zu vernichten.

Pilatus befand sich zweifellos in einer schwierigen Lage. Einerseits durfte und konnte er das Urteil des jüdischen Gerichts und den hierdurch festgestellten Sachverhalt nicht einfach ignorieren. Andrerseits brauchte er aber nach seiner eigenen Erklärung bei Joh. 19, 10 das jüdische Urteil nicht wider Willen und Überzeugung zu bestätigen und wie ein Nachrichter zu vollstrecken, der nicht zu untersuchen hat, ob er ein gerechtes oder ungerechtes Urteil vollziehe. Nam qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet.[137]) Nachdem er es aber nach längerem Zögern und Überlegen ohne vorherige Anfrage beim Kaiser, wozu er rechtlich nicht verpflichtet, aber befugt war,[138]) bestätigt hat, müssen wir annehmen, daß er dies im besten Glauben und Streben, das Gesetz richtig anzuwenden, getan, wenn ihm vielleicht auch der Fall, seltsam und ihm unverständlich zugleich, de lege ferenda anders geartet, gegenüber der Strenge des positiven Rechts auch nicht wichtig genug erschien und daher die Anwendung des Gesetzes hier bis zu einem gewissen Grad gegen den Strich ging. Er mag also wohl etwa von Anfang an der Schuld Jesu gezweifelt, aber nicht bis ans Ende der Verhandlung die Überzeugung von seiner Unschuld, so wenig wie das jüdische Gericht, gehabt und keinesfalls diese Überzeugung, wenn er sie hatte, öffentlich ausgesprochen, sogar laut und feierlich an den Tag gelegt, den, welchen er der schwersten Bestrafung hingab, emphatisch als δίκαιος bezeugt und sich dadurch selbst ohne Not allgemein in ein schlechtes Licht gesetzt und seine eigene Schwäche und Feigheit an den Pranger gestellt haben.[139])

Wenn, was hier auffallen könnte, der Täufer Johannes im Gegensatz zu Jesus in seiner prophetischen Laufbahn von Pilatus in Judäa nicht behelligt worden zu sein scheint,[140]) so mag dies daher kommen, daß Pilatus mangels Klage keine Veranlassung hierzu hatte und im Falle Jesus nur gezwungen und widerstrebend in die an sich ihm gleichgültigen inneren religiösen Streitigkeiten der Juden sich einmischte und erst im Laufe des Prozesses die Kenntnis oder wenigstens die Überzeugung von dem politischen Charakter des Auftretens Jesu, von der Existenz eines Judenkönigs gewann. Daß Pilatus diese Überzeugung, so falsch sie war, haben konnte, haben wir oben gesehen; daß er sie wirklich gehabt hat, beweist die Kreuzesinschrift, wonach er selbst Jesus zur Angabe des den Grund der Hinrichtung bildenden Verbrechens entgegen dem Wunsche der Juden als „König der Juden" bezeichnen läßt.[141])

§ 11.

Die Hinrichtung.

Die Entscheidung des Pilatus war, ohne daß sie der kaiserlichen Bestätigung bedurfte, sofort rechtskräftig. Die gegen das Urteil eines kaiserlichen Delegaten grundsätzlich mögliche Appellation an den

[137]) L. 3, D. de re iudic.; l. 37 D. de reg. iur.; l. 6 pr. D. de offic. proc.
[138]) Mommsen, Strafr. S. 278.
[139]) Strauß II S. 316 f.
[140]) Renan S. 103 f.
[141]) S. unten.

Digitized by Google

Kaiser[142]) konnte durch die Delegation, da dieser hierin unbeschränkt verfügte, von vornherein ausgeschlossen sein.[143]) Dies war wohl in umfassender Weise der Fall, da die Delegationen in erster Linie die Entlastung des Kaisers und seines Hofgerichts bezweckten.[144])

Der Exekutionsbefehl war auch sofort vollstreckbar, ohne daß die Verstreichung einer Frist seit dessen Erlassung oder dem Eintritt der Rechtskraft abgewartet werden mußte; die sofortige Exekution bildete das normale Verfahren.[145]) Eine Ausnahme bestand zwar für Todesurteile des Senats seit dem Senatsbeschluß v. J. 21 n. Chr., der eine Zwischenzeit von mindestens 10 Tagen anordnete.[146]) Aber diese Vorschrift hat zu Christi Zeiten keine analoge Ausdehnung auf den statthalterlichen Prozeß erfahren.[147])

Anderseits kennen die Gesetze wie keine Minimalzeit auch keine Maximalfrist für den Aufschub der Strafvollziehung und hängt der Termin von dem Belieben des vollstreckenden Magistrats ab. Im 3. Jahrh. n. Chr. wurde für den Aufschub statthalterlicher Kapitalsentenzen eine Maximalfrist von einem Jahre festgesetzt.[148])

An die Erlassung des Hinrichtungsbefehls gegen Jesus schloß sich demgemäß unmittelbar ohne den an sich rechtlich möglichen, aber nicht vorgeschriebenen, vielleicht mit Rücksicht auf die Wünsche der jüdischen Fanatiker unterlassenen Strafaufschub und ohne ersichtliche Verletzung einer wesentlichen Norm die Vollstreckung, die noch am selben Vormittag im Auftrag des Pilatus in römischen Prozeßformen durch römische Soldaten[149]) unter Leitung eines Offiziers[150]) geschieht, — der welthistorischen Tragödie letzter Akt.

Jesus wird, römischer Satzung gemäß[151]) selbst sein Kreuz bezw. dessen Querholz tragend,[152]) von den Soldaten zusammen mit 2 Verbrechern,[153]) die ebenfalls hingerichtet werden, zur Richtstatt Golgatha,

---

142) D. 4, 4, 38; 14, 5, 8; 1, 11, 1.

143) D. 49, 2, 1, 4.

144) Mommsen, Strafr. S. 276, 468.

145) Tacit. Ann. 3, 51; 14, 64; C. Th. 9, 3, 6; C. 9, 4, 5. Geib S. 150. Auch nach jüd. Recht erfolgt die Hinrichtung noch am Tag der Urteilsfällung; 4. Mos. 15, 32 ff., Jos. Ant. 20, 9, 1. Bell. Jud. 4, 5, 4; Saalschütz S. 465 N. 580, Frankel S. 236, Duschak S. 4.

146) Tac. Ann. 3, 51; Sueton. Tib. c. 75; Dio Cassius 57, 20; 58, 27; Seneca de tranq. an. 14. Ferner ist für die Kapitalsentenz des Kaisers selbst seit 382 n. Chr. eine solche Zwischenfrist von 30 Tagen bestimmt. C. Th. 9, 40, 13; C. 9, 47, 20. Mommsen, Strafr. S. 911 f.

147) Dies wurde verkannt von Walther S. 388 f. (gegen Steller c. 3 N. 76).

148) Ulpian Coll. 11, 7, 4; Paulus 5, 17, 2. Mommsen, Strafr. S. 912 f., 961.

149) Schürer I 2. Aufl. S. 392 ff., 3. u. 4. Aufl. S. 470 ff., Mommsen, Strafr. S. 923 f., Geib S. 149 f., 383 f., 671.

150) Ἑκατόνταρχος oder — wie Seneca de ira 1, 17 sagt — centurio supplicio praefectus.

151) Val. Max. 1, 7, 4; Plut. de ser. num. vind. 9. Walther S. 320 f. Keim III 397.

152) Joh. 19, 17.

153) Nach Matth. 27, 38, 44, Mark. 15, 27 in Luthers Übersetzung waren es Mörder, nach Renan S. 295 Diebe, nach Mommsen, Strafr. S. 240 N. 2 Straßenräuber, nach Keim III 398, Strauß, Krit. II S. 558 Räuber. Aus der Art der verhängten Strafe ist nicht mit Sicherheit auf das begangene Verbrechen zu schließen. Vgl. Walther S. 332 f. Die gleichzeitige Hinrichtung mehrerer Delinquenten ist nach dem maßgebenden röm. Recht unbedenklich. Nach jüd. Vorschrift (Synhedr. 47), die für die röm. Hinrichtungen nicht in Betracht kam, durfte an einem und demselben Tag nur e i n Verbrecher hingerichtet werden. Cf. Walther S. 333; ferner Duschak S. 44, 79.

Digitized by Google

außerhalb Jerusalems, doch nahe bei der Stadt gelegen, geführt.[154]) Unterwegs, da er — körperlich schwächer als seine zwei Genossen — unter der Last des Kreuzes erschöpft zusammenbricht, wird dieses einem des Wegs kommenden Manne von Kyrene Namens Simon, der nach Mark. und Lukas eben vom Felde heimkehrt, aufgeladen.[155]) Vielleicht übte man damit ein anerkanntes Frohnrecht aus;[156]) wahrscheinlicher ist aber, daß man sich um eine Berechtigung hierzu nicht lange kümmerte und ohne weiteres das Kreuztragen erzwang. Daß der Henker dem Verurteilten diese Strafe unterwegs nachsah und das Kreuz einem andern auflud, kam auch sonst vor.[157])

Die Hinrichtung in den verschiedenen Formen[158]) konnte jederzeit, nur bei öffentlichem Vollzug nicht zur Nachtzeit oder an einem Festtage, geschehen.[159]) Auch in der Osterzeit waren, wie hier, Hinrichtungen unbedenklich und üblich.

Die Kreuzigung (crux, summum et supremum supplicium) insbesondere, die zunächst für Sklaven, dann Freie von niederem Stande, Provinzialbewohner und verächtliche Feinde der Römer, denen man nicht die Ehre des raschen Todes durch das Schwert geben wollte, und besonders schimpfliche Fälle, in denen man die Stellung an den Pranger für angezeigt hielt, bestimmt war, wurde zu Christi Zeiten an Freien und Unfreien ohne wesentlichen Unterschied und ohne Beschränkung auf bestimmte Verbrechen vollzogen.[160]) Hierbei wird der Verurteilte entkleidet,[161]) sein Haupt verhüllt,[162]) die Gabel (furca) auf den Nacken gelegt, an deren beiden Enden die Hände in der Regel mit Stricken gebunden,[163]) seltener genagelt[164]) werden, und samt dem Körper an einem auf der Richtstätte errichteten Pfahl[165]) hinaufgezogen, an den dann die

---

[154]) Matth. 27, 31, 33; Mark. 15, 20, 22; Luk. 23, 33; Joh. 19, 17, 20; Ep an die Hebr. 13, 12. Über Namen und Lage der Richtstätte s. u. a. Keim III S. 404 ff., Duschak S. 74 f.

[155]) Matth. 27, 32, Mark. 15, 21, Luk. 23. 26. Joh. erwähnt davon nichts; vgl. Strauß II S. 325 f., Krit. II. § 130 S. 555 f., Keim III 401 f.

[156]) Renan S. 296.

[157]) Euseb. 6, 5; 6, 41.

[158]) Beil, Kreuzigung, Säckung (poena culei), Feuertod, Schwert, Arena (damnatio ad bestias). Mommsen, Strafr. S. 916 ff.; S. Mayer S. 65 f.

[159]) Seneca de ira 3, 19; Sueton Tib. 61; Tacit. Ann. 4, 70. Mommsen, Strafr. S. 913.

[160]) Cic. in. Verr. II 1, 3 f., V 6; pro Mil. c. 22. Walther S. 312 ff.; Rein, Krim.-Recht der Römer 1844 S. 913; Mommsen, Strafr. S. 918 ff.; Keim III S. 410 ff. Erst Konstantin hob die Kreuzigung auf, ohne aber den Galgen (furca) zu beseitigen. Aur. Victor de Caesar. c. 41; Cassiodorus, hist. tripart. I, 9; Böhmer, Elementa jurisprudentiae criminalis (Halle 1732) IV 351, V 565; Rudorff, Röm. Rechtsg. II S. 406; S. Mayer S. 67; Mommsen S. 921 N. 1, 2.

[161]) Sueton, Nero 49.

[162]) Livius 1, 26; Cic. pro Rabirio 5. 15.

[163]) Liv. l. c., Cicero l. c., Plautus mil. gl. 2, 4, 7; Seneca ad. Marc. de cons. 20, 3 pp.

[164]) Plautus, Mostellaria 2, 1, 13; Sueton. Dom. 11; Quintil. Inst. 7, 1, 30; Horaz sat. 1, 3, 80; Tertullian, adv. Marc. 3, 19; Tert. Jud. 10; Sen. vit. beat. 19.

[165]) Er war gewöhnlich nicht hoch, so daß die Füße des Gekreuzigten fast den Boden berührten. Auch wurde, um das Ausreißen der angenagelten Hände und das Herabfallen des Körpers zu verhüten, je nach Bedarf ein Holzklotz, der zwischen den Beinen des Gekreuzigten durchging und diesen stützte, in der Mitte des Kreuzschaftes und eine solche Stütze unter die Füße angebracht. Justinus dial. 91; Irenaeus ad haer. 2, 24.

Digitized by Google

Füße gebunden bezw. genagelt[166]) werden, und schließlich der so Gekreuzigte gegeißelt.[167]) Der Tod erfolgte nach einigen Stunden oder Tagen durch Verschmachten[168]) oder wurde durch Stäupung oder durch Zerschlagen der Glieder (mit Keulen) beschleunigt.[169])

Kaum anders verlief die Kreuzigung Jesu, wenn auch der Akt nicht näher geschildert ist. Berichtet wird außer der Nagelung[170]) nur, daß die Kreuzigung um die dritte Stunde,[171]) d. i. etwa 9 Uhr vormittags, begann, daß nach römischer Übung am Kreuze oben der Name des Hingerichteten und die causa supplicii angeschrieben und zu diesem Behuf die dreisprachige (griechische, lateinische und hebräische) Inschrift angebracht wurde: „Jesus von Nazareth, König der Juden",[172]) daß die — vier[173]) — Soldaten, nach Ausführung der Kreuzigung am Fuße des Kreuzes gelagert und Wache haltend,[174]) Jesu Kleider durch das Los unter sich teilten,[175]) daß die Umstehenden und Vorbeigehenden in kaltblütiger Grausamkeit auch den Sterbenden nicht mit Spott und Schmähungen verschonten,[176]) daß Jesus am gleichen Tag um die neunte Stunde, d. i. nachmittags etwa 3 Uhr, verschied[177])

---

[166]) Über die alte Streitfrage, ob man beide Füße zusammen mit einem einzigen Nagel oder jeden Fuß mit einem besonderen Nagel angeschlagen habe. vgl. Werner, Handb. des peinl. Rechts 1820 S. 497; Keim III S. 416 N. 2 und die dort Zit.

[167]) Livius l. c.

[168]) Seneca ep. 101. Man bedenke, daß der nackte Körper den brennenden Strahlen einer südlichen Sonne ausgesetzt war und seine unnatürliche in einer Lage festgehaltene Ausstreckung den Blutumlauf erheblich störte!

[169]) Mommsen, Strafr. S. 920 N. 5, 6 und die dort zit. Lit. (dazu Sagittarius de Martyr. cruciat. cap. 16, §§ 70—73); Keim III 509 N. 2. Die durch die Nägelwunden hervorgerufene Blutung der Hände bezw. Füße hörte bald auf und war an sich nicht tödlich.

[170]) Joh. 20, 20, 25 u. 27; Luk. 24, 39. Justin. ap. 1, 35 und dial. c. Tryph. 97 und 104; Tertull., adv. Marcion. 3, 19. Vgl. Ps. 22, 17. Über die Streitfrage, ob außer den Händen auch die Füße Jesu angenagelt waren, vgl. Strauß I S. 362 f., Krit. II S. 558 ff. und die dort Zit.

[171]) Mark. 15, 25. Nach Joh. 19, 14 war die Verhandlung vor Pilatus noch um die sechste Stunde; Renan S. 295 schließt daraus, daß die Kreuzigung mittags stattfand. Allein auch nach Matth. 27, 45 und Luk. 23, 44 hing Jesus um die 6. Stunde schon einige Zeit am Kreuz, ohne daß sie sagen, wielange. Nach Keim III 395 wurde um 9 Uhr der Kreuzesweg angetreten.

[172]) Matth. 27, 37, Mark. 15, 26, Luk. 23, 38, Joh. 19, 19 f. Walther S. 338 ff.; Keim III 419 f. In dieser Fassung lag etwas Peinliches und Verletzendes für die Nation, zumal zahlreiche Vorübergehende es lasen. Die Hohenpriester fühlten dies und machten Pilatus darauf aufmerksam und ersuchten ihn, eine andere Fassung zu wählen. Er lehnte jedoch eine Änderung des Geschriebenen ab, Joh. 19, 21 f.

[173]) Joh. 19, 23. Auf jedes der 3 Kreuze kamen wohl 4 Mann Bewachung.

[174]) Matth. 27, 36. Die Gekreuzigten pflegten, damit sie nicht von den Kreuzen heruntergenommen würden, durch Soldaten bewacht zu werden.

[175]) Matth. 27, 35, Mark. 15, 24, Luk. 23, 34, Joh. 19, 23 f. Vgl. Ps. 22, 19; Keim III 421 N. 1; Strauß II S. 329 f., Krit. II S. 569 ff. — L. 6 D. bon. damnat. 48, 20; Walther S. 350 ff.; Geib S. 672; Mommsen, Strafr. S. 924 f. N. 6 a. E. Die Kleider der Hingerichteten wurden nach röm. Recht als Spolien gewöhnlich den Exekutoren überlassen.

[176]) Matth. 27, 39 ff., Mark. 15, 29 ff., Luk. 23, 35 ff. Joh. meldet davon nichts. Vgl. Ps. 22, 8 f.; Strauß II S. 330 f.; Krit. II S. 573 f.; Keim III 422.

[177]) Matth. 27, 46, 50; Mark. 15, 34, 37; Luk. 23, 44, 46; Joh. 19, 30. Sein zarter Körperbau bewahrte ihn vor einer langsamen Agonie. Der Tod trat (vielleicht infolge Herzschlags) verhältnismäßig rasch ein, nach Mark. 15, 25, 34, 37 nach etwa 6 Stunden, nach Joh. 19, 14, dem sich Renan S. 300 anschließt, schon nach kaum 3 Stunden.

Digitized by Google

oder wenigstens nach der Meinung der Umstehenden starb,[178]) nachdem ihm nochmals[179]) ein mit Poska (einem Gemisch aus Essig und Wasser, dem üblichen Getränk der römischen Söldner) getränkter Schwamm zur Linderung des ihn verzehrenden brennenden Durstes, einer der größten Qualen der Kreuzigung, zum Munde gereicht worden,[180]) und daß die Soldaten, da sie ihn anscheinend bereits tot fanden, zwar nicht seine Knochen brachen wie bei den mit ihm zugleich hingerichteten Missetätern, um deren Tod zu beschleunigen,[181]) einer der Soldaten aber ihn mit einer Lanze in die Seite stieß,[182]) offenbar um den eingetretenen Tod festzustellen, jede Ungewißheit hierüber aufzuheben und um ihn vollends herbeizuführen, falls noch etwas Leben vorhanden wäre. Das Austreten von Blut und Wasser aus der Wunde[183]) wurde als Zeichen des entflohenen Lebens betrachtet und für eine sichere Todesprobe gehalten.

Ein jüdisches Gesetz verbot, den Leichnam eines Gehenkten länger als bis zum Abend des Hinrichtungstages ausgesetzt und unbegraben zu lassen.[184]) Wahrscheinlich wurde diese Vorschrift, obschon nach römischem Brauch die Leichen der Gekreuzigten hängen zu bleiben pflegten, bis sie zum Raube der Vögel usw. geworden oder verwest waren, auch bei den von den Römern vollzogenen Hinrichtungen, wenn nicht als verbindlich

---

[178]) Tatsache ist, daß der wirkliche Tod Jesu bezweifelt wurde. Schon Pilatus war nach Mark. 15, 44 über den so früh eingetretenen Tod erstaunt.

[179]) Matth. 27, 34, Mark. 15, 23. Nach Matth. reichte man Jesu vor der Kreuzigung Essig, mit Galle vermischt, in offensichtlicher Anspielung auf Ps. 69. 22, nach Mark. einen starkgewürzten (Myrrhen-) Wein, ein berauschendes Getränk, das man nach jüd. Brauch aus Mitleid dem Hinzurichtenden zur Betäubung gab, damit er die Todesqual weniger empfinde. Sprüche Salom. 31, 6. Walther S. 327 ff., Strauß II S. 327 f., Krit. II S. 561 ff., Renan S. 296, Keim III 417 f. Jesus wies aber diesen Trank zurück und zog es vor, in voller Geistesklarheit das Leben zu verlassen und den gewollten Tod zu erwarten. Den später ihm gereichten, mit Poska getränkten Schwamm dagegen sog er aus.

[180]) Matth. 27, 48, Mark. 15, 36, Luk. 23, 36, Joh. 19, 28—30. Aus der Benützung eines Rohres zur Darreichung des Schwammes ergibt sich, daß Jesu Kreuz höher gewesen sein muß, als es sonst üblich war. S. oben N. 165. Vgl. Keim III 414.

[181]) Da der nächste Tag der Sabbath war und zwar ein großer Sabbath von besonderer Bedeutung, so drückten die Juden der röm. Behörde gegenüber den Wunsch aus, diesen heiligen Tag nicht durch das Hängenbleiben der Gekreuzigten entweiht zu sehen. In Gewährung ihrer Bitte wurde befohlen, den Tod der drei Verurteilten zu beschleunigen und sie dann vom Kreuze zu nehmen. Joh. 19, 31. J. Lipsius, de cruce una cum notis et figuris, Amsterdam 1670, II c. 14, hält die Kreuzigung fälschlicherweise für eine jüdische Strafart und meint unter Berufung auf Lactantius, Instit. divin. IV 26, daß auch das Beinbrechen oder Zerschmettern der Glieder der Gekreuzigten vielleicht (fortassetandem) eine jüdische, von den Römern geachtete Sitte gewesen sei, da hiernach die Gehängten nicht über Nacht am Holze bleiben sollten. Auch Michaelis, Mos. Recht V § 235, und Pauly, Realencyklopädie II S. 770, verallgemeinern den einzelnen Fall der Todesbeschleunigung zu einem gleichmäßigen jüdischen Brauch. Hiergegen Walther S. 357. S. Mayer S. 66 N. 53.

[182]) Joh. 19, 33 f.; 20, 20, 25 und 27. S. auch Offenb. Joh. 1, 7. Plaut. Poenulus 4, 2, 64. Walther S. 358 f. — Strauß I S. 362, II S. 343 ff., Krit. II § 132 und Keim III S. 442 ff., 508 ff. betrachten die johanneische Erzählung von der Beinbrechung und dem Lanzenstich als unhistorisches Einschiebsel. K. Baas, Medizinisch-kunstgeschichtl. Betrachtung der Seitenwunde Christi, Beil. z. „Allg. Zeitg." II. Quart. 1905 S. 555 f.

[183]) Joh. 19, 34.

[184]) 5. Mos. 21, 22 u. 23; Jos. 8, 29; 10, 26 f. Bei den Juden bestand überhaupt wie bei den Persern die Sitte, die Gestorbenen am Tage ihres Todes zu begraben. Ap. Gesch. 5, 5 ff.; Jos. Ant. 4, 8, 6; Bell. Jud. 3, 8, 5; 4, 5, 2. Ausnahme: 2. Sam. 21, 6 ff.

Digitized by Google

anerkannt, so doch — wenigstens in Friedenszeiten — tunlichst eingehalten.[185]) Judaeis tanta sepulturae cura .., ut etiam iudicio praesidum cruci suffixos ad occasum solis deponant atque sepeliant.[186]) Demgemäß und angesichts des auf den nächsten (nach jüdischer Rechnung mit Sonnenuntergang Freitag abends 6 Uhr beginnenden) Tag (Samstag) fallenden großen, d. h. besonders heiligen, Sabbaths[187]) wurde Jesu Leichnam gegen Abend vor Anbruch des Sabbaths vom Kreuze genommen, nicht jüdischer Sitte gemäß an der für Hingerichtete bestimmten Stelle begraben, sondern einem angesehenen, reichen[188]) Ratsherrn (βουλευτής,[189]) angeblich Mitglied des Synedriums), dessen Sympathie Jesus gewonnen hatte, Josef von Arimathia (Haramathahim), auf dessen bei Pilatus vorgebrachte Bitte zur Bestattung übergeben[190]) und noch am selben Abend nach jüdischem Brauch in einem nahen, in Felsen gehauenen, unbenützten Grab — nach Mark. und Luk. provisorisch — beigesetzt,[191]) das angeblich auf Veranlassung der Hohenpriester und Pharisäer und Anordnung des Pilatus vom nächsten Tage (Sabbath) an 3 Tage lang bewacht und außerdem versiegelt wurde, um einen Diebstahl, ein heimliches Fortschaffen der Leiche, hintanzuhalten.[192])

§ 12.

Schlußbetrachtung.

Der in wenigen Stunden durchgejagte und erledigte,[193]) mit der Vollstreckung des Todesurteils endigende Prozeß wegen Glaubensmeinungen

[185]) Cic. pro Rab. ad pop. 5, 16; Lipsius II, 12 f., Michaelis V § 235 (vgl. oben Note 181), Walther S. 354 ff., 364 ff., Keim III S. 506 ff., S. Mayer S. 70 f., Mommsen, Strafr. S. 988 f.

[186]) Jos., Bell. Jud. IV 6.

[187]) Joh. 19, 31.

[188]) Strauß II S. 350 ff. — Walther S. 365 f. hat hieraus vermutungsweise auf die Möglichkeit geschlossen, daß Pilatus von Josef, der keine Unkosten gescheut, vielleicht ein Geschenk erhalten oder wenigstens (wie Felix von Paulus, Ap. Gesch. 24, 26) erhofft habe. S. auch Keim III S. 371, 513 ff., 515 N. 5.

[189]) βουλή und συνέδριον werden auch von Josephus als gleichbedeutend gebraucht. B. J 5, 4, 2; 6. 6, 3.

[190]) Matth. 27, 57 f., Mark. 15, 42 ff., Luk. 23, 50 ff., Joh. 19, 38, von denen Mark. 15, 43 das charakteristische τολμήσας bewahrt hat. Walther S. 362 ff.; Keim III 515. Nach röm. Gesetz konnte im Weg administrativen Gnadenakts der Leichnam eines Hingerichteten den Angehörigen oder überhaupt dem, der ihn verlangte, zur Bestattung ausgeliefert werden; eine solche Bitte wurde in späterer Zeit nicht leicht abgeschlagen. L. 1. l. 3 D. de cadav. punit. 48, 24. Mommsen, Strafr. S. 987 N. 3, 989; Geib S. 385, 672. Auch das israelitische Recht gestattete die Beisetzung des Hingerichteten in der Familiengruft; S. Mayer S. 62 N. 17. S. 70 N. 1.

[191]) Matth. 27, 59 f., Mark. 15, 46; 16, 1, Luk. 23, 53 ff., Joh. 19, 39—42. Keim III 517 N. 2, 520 ff.; Strauß, Krit. II § 153.

[192]) Matth. 27, 62 ff. Die andern Evangelien erwähnen davon nichts. Vgl. auch Matth. 28, 13, 15; Joh. 20, 2; ferner Strauß II S. 354 ff., Krit. II § 134 Keim III 523 ff.

[193]) Die Rabbinen des 3. oder 4. Jahrhunderts erwähnen (Sanhedr. f. 43) ein 6 Wochen hindurch dauerndes, mit Verurteilung zur Steinigung endendes Gerichtsverfahren: Trotz Heroldsrufs habe sich in 40 Tagen kein einziger Zeuge der Unschuld Jesu gemeldet. Das ist offensichtlich erdichtet, um die Schuld der Ungesetzlichkeit zu tilgen. Jost I S. 403 N. 1; Keim I S. 16, III 330, 356 N. 1; Walther S. 324; Chr. Schöttgen, horae hebraicae et talmudicae 1742 II S. 699 f. Vgl. dagegen Grätz III S. 245. Saalschütz S. 415 N. 527 a. E. meint: „Daß eine Reihe von Tagen zwischen der Gefangennehmung und der Kreuzigung Christi verstrich dies möchte ein näherer Einblick in die Evangelien wohl eher bestätigen als widerlegen."

Digitized by Google

ist in der an religiösen Sekten reichen jüdischen Geschichte, obschon Todesurteile jüdischer Gerichte sonst selten waren,[194]) nicht ohne Beispiel.[195]) Zeuge hierfür ist außer dem wegen Gotteslästerung angeklagten und gesteinigten Stephanus[196]) Jakobus, nach einigen der Bruder Jesu, den Hannas oder Ananos, der Sohn des früher erwähnten gleichnamigen Hohenpriesters, i. J. 62 während der Vakanz der Prokuratur unter ähnlichen Umständen steinigen ließ.[197]) Babylonische Rabbinen erzählen sogar, daß Jakobus nicht allein, sondern fünf Schüler Jesu angeklagt und auf Veranlassung desselben Hannas hingerichtet worden seien, wovon aber die christliche Überlieferung nichts weiß.[198]) Dem Apostel Paulus wäre es um kein Haar besser ergangen wie Jesus, wenn er sich nicht in so geschickter Weise zu verteidigen verstanden hätte. Bezeichnend ist auch der Fall Naboth zu Jesreel, ein grausamer Justizmord, der allerdings später seine Strafe und Sühne fand.[199])

Doch nicht allein die jüdische oder überhaupt die alte Geschichte — man denke an Sokrates[200]) — hat solche religiöse Greuel und Verirrungen in Form der unter der Einwirkung roher politischer Gewalten sich in ihr Gegenteil verkehrenden Rechtspflege erlebt. Denken wir nur an die entfesselte Religionswut, die Scheiterhaufen und das Blutvergießen unseres dunkeln, christlich genannten Mittelalters! Auch hier waren zuweilen die denkwürdigen Worte angebracht: Pater dimitte non enim sciunt, quod faciunt! Πάτερ, ἄφες αὐτοῖς; οὐ γὰρ οἴδασι, τί ποιοῦσι![201])

Alle die Beispiele aber, die hier anzuführen wären, von denen freilich keines dem Prozeß Jesu an welthistorischer Bedeutung gleichkommt, führen eine deutliche Sprache: Sie lehren übereinstimmend, wie unheilvoll die Geistes- und Gewissensfreiheit ausschließende religiöse Dogmatisierung und klerikale Gesetzgebung und die hierauf basierende sogen. „Rechtsprechung" — selbst bei sonst humanem, von edeln Prinzipien getragenen und durchdrungenen Strafprozeßrecht[202]) — werden konnten und welch traurige, grausame Henkersrolle die weltlichen Staaten und

[194]) Mischna Makkoth I, 9 f. Saalschütz S. 456 N. 572; Frankel S. 46 ff.; Keim III S. 355 N. 1.

[195]) Unrichtig Philippson l. c. und ihm folgend Vargha S. 14 mit Berufung auf Act. ap. 5, 34 ff., wonach Petrus und Johannes, die wegen ihrer Reden an das Volk verhaftet und vor das Synedrium gestellt waren, auf Antrag des gelehrten Gamaliel nur mit Stäupung bestraft und freigelassen wurden. Vargha S. 16 oben ist nur darin beizupflichten, daß der Prozeß Jesu ein (wenn auch nicht das einzige) Ausnahmsverfahren darstellt: denn sonst müßte es mit der jüdischen Rechtspflege schlecht bestellt gewesen sein.

[196]) Act. ap. 6, 11 ff.; 7, 56, 58; s. oben.

[197]) Eusebius, hist. eccl. 2, 23; Jos. Ant. XX 9, 1; vgl. Mommsen, Strafr. S. 240 N. 2 a. E.; Schürer I 3. u. 4. Aufl. S. 581 f. Jost I S. 415 N. 2 (vgl. S. 429) findet das Schweigen der Ap. Gesch. hierüber verdächtig.

[198]) Talm. Sanhedr. 43. Jost I S. 404 N. 3. S. 432 N. 1; Keim I S. 16.

[199]) 1. Kön. 21, 10 u. 13; 2. Kön. 9, 26 ff.

[200]) Über die Ursachen und den Verlauf seiner Verurteilung und seines Todes sind wir unvergleichlich besser unterrichtet als über den Prozeß Jesu. Wir verdanken dies dem Umstand, daß Sokrates (400 Jahre älter als Jesus) in der gebildetsten Stadt Griechenlands in einer Zeit der Aufklärung und der Blüte der Schriftstellerei lebte und namentlich seine Schüler, wie Xenophon und Plato, ausgezeichnete Schriftsteller waren, die auch ihren Lehrer — als Menschen, nicht als Gott — zum Gegenstand ihrer Darstellungen machten und der Nachwelt überlieferten. Vgl. Strauß II S. 383 f. Dagegen fehlte es Jesu unter seinen unmittelbaren Schülern an einem Vertreter, der einer solchen Aufgabe gewachsen war.

[201]) Luk. 23, 34; Ap. Gesch. 7, 59.

[202]) Als solches gilt bekanntlich das israelitische. Vargha S. 3 ff.

Digitized by Google

Zivilverwaltungen durch Bestätigung oder Vollstreckung der von religiöser Intoleranz diktierten Urteile einsichtslosem Wahn und Fanatismus zu Gefallen spielten. Wenn die Zivilgewalt auf dessen Geheiß oder Vorspiegelung drohender Staatsgefahren selbst unbewußt zur Verfolgerin und Quälerin wird und den weltlichen Arm dazu hergibt, damit sich klerikale Unduldsamkeit und Grausamkeit dahinter verberge, beweist sie nicht allein ihre Schwäche und Ohnmacht,[203]) sondern auch den Mangel klaren politischen Blicks und sittlichen Verantwortungs- und Unterscheidungsgefühls für Recht und Unrecht.

Jene Zeiten — wähnt man — sind vorüber, sind von der unaufhaltbaren Macht des geistigen Kulturprozesses überwunden; und doch, wie lehrreich für die Gegenwart! Das blutdürstige Gesetz, dem Jesus zum Opfer fiel, ist beseitigt; aber den Geist hat das Christentum sogar bei seinen eigenen Bekennern noch nicht völlig überwunden, der seinem Stifter den Tod bereitet hat, den zu allen Gewalttaten und Grausamkeiten fähigen, sittenverderbenden Geist roher Unduldsamkeit und eigennütziger Herrschsucht, den Geist verlogener Frömmelei und bigotter Pedanterie, das unmoralische Pharisäertum und den verfolgungssüchtigen Terrorismus. Die Weltgeschichte ist das Weltgericht; sie urteilt und straft unnachsichtlich und streng, und ihrer Geißelung verfällt mancher Name — außer Kaiphas und Pilatus. —

Zusatz.

Dieser außerordentlich gründlichen und erschöpfenden Darstellung der bei dem großen weltgeschichtlichen Vorgang in Betracht kommenden Rechtssätze füge ich nur folgendes bei:

1. Der Hauptvorwurf, der gegen das Synedrium zu erheben ist, besteht darin, daß drei Grundsätze nicht gewahrt wurden:

a) Der Grundsatz, daß das Todesurteil nicht am Tage der Verhandlung, sondern erst am folgenden Tage gesprochen werden darf (weshalb am Vorabend des Sabbat oder des Festtags kein Gericht abgehalten werden soll);

b) der keineswegs unpraktische, sondern sehr lebenskräftige Satz, daß ein Todesurteil nicht einstimmig erfolgen darf, denn wenn nicht mindestens einer der 23 Richter für den Angeklagten eintritt, so gilt dies als Symptom dafür, daß die Entschuldigungsgründe nicht genügend gewürdigt worden sind;

c) der Satz, daß die poena ordinaria nur ausgesprochen werden darf, wenn der Tat eine Verwarnung vorherging. Vgl. meine Darstellung des talmudischen Rechts in Z. f. vgl. Rechtsw. XX S. 233, 261.

Von diesen Sätzen galt der erste in der Mischna ausgesprochene Satz wohl sicher schon zu Christi Zeiten; ob auch der Satz b), ist nicht gewiß; mit der Verwarnung zu c) ist es stets eine zweifelhafte Sache gewesen.

2. Was die Vorgänge selbst betrifft, so möchte ich zunächst das Johannesevangelium als geschichtliche Quelle ganz ausscheiden. Denn ob dieser großartigen hellenistischen Logosdichtung aus der Hadrianszeit noch eine besondere Überlieferung zugrunde liegt, und welche geschichtliche Tragweite sie hat, ist so zweifelhaft, daß darauf nicht zu bauen ist. Eine Reihe von lediglich durch das Johannesevangelium herbeigeführten

[203]) Vgl. Renan S. 292 f.

Digitized by Google

Widersprüchen fällt daher von selbst aus. Die Szene bei Lukas, daß Jesus an Herodes und von Herodes wieder an Pilatus zurückgesendet worden sei, scheint ebenfalls Legende zu sein. Auch die Barrabasszene ist als unrömisch zu beanstanden; sie ist ein wirksames dramatisches Erzählungsmotiv.[204]) Das anfängliche Zaudern des Pilatus ist wohl so zu erklären, daß er sich in das theologische Gezänk der Juden nicht einlassen wollte. Als aber Jesu auf seine Frage, ob er der König der Juden sei, keine Verneinung kundgab, wird er als Römer und als Magistrat unter der Regierung des Tiberius kaum gezaudert haben, ihn wegen crimen majestatis zu verurteilen.

Auf solche Weise kann die juristische Betrachtungsweise der Bibelkritik an die Hand gehen. Die Bibelkritik geht heutzutage in der Verneinung viel weiter, als die geschichtlichen Grundlagen sind, auf die der verdienstvolle Verfasser baut. Josef Kohler.

Die Berechtigung Dritter zum selbständigen Gebrauche der Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens.

Von Assessor Dr. jur. Friedrich May in Dresden.

Literatur-Verzeichnis.

Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1895.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1900.
Binding, Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts. 5. Aufl. Leipzig 1904.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.
Bomhard und Koller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Nördlingen 1879.
Dochow, Einspruch im Strafprozeß. In Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1880. 1. Band.
Friedel, Die polizeiliche Strafverfügung. Berlin 1905.
Friedenreich, Die Lehre von den Kosten im Strafprozeß. Heft 35 der von Beling herausgegebenen strafrechtlichen Abhandlungen. Breslau 1901.
Friedländer, Das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen nach der Reichsstrafprozeßordnung. In d. Ztschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 18. Berlin 1898.
Fuchsberger, Sämtliche Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts. (Aus den Jahren 1882 bis 1892.) Gießen 1892.
Geyer, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880.
Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 2. Band. Leipzig 1885.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. 1. Abt. Berlin 1880. 2. Abt. Berlin 1881.
Hellweg, Der Reichsstrafprozeß. Berlin 1890.
Hellweg, Strafprozeßordnung. 13. Aufl. Berlin 1905.
Holtzendorff, Die Staatsanwaltschaft. In Holtzendorffs Reåtfllexikon. 3. Aufl. Leipzig 1881. 3 Bd.
Isenbart-Samter, Die Strafprozeßordnung für das Deutsåe Reich. Leipzig 1881.
John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1. Abt. Erlangen 1884.
Keller, Die Strafprozeßordnung für daß Deutsche Reich. Lahr 1882.
v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. Br. 1892.
v. Kries, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze. Breslau 1880.
Leisering, Kostenentscheidung im Falle des § 458 StPO. In der Deutschen Juristen-Ztg. Bd. 11. Berlin 1906. S. 817 f.
Levis, Zur Theorie des Strafverfügungsverfahrens. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 19. Band. Berlin 1899. S. 319 ff.

[204]) Darüber neuerdings Reimarus Secundus, Salome I S. 32 f.

v. Lilienthal, Polizeistrafen. In Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1881. 3. Band.
Löwe, Die Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich, Kommentar. 12. Aufl. Berlin 1907.
Mewes, Besondere Arten des Verfahrens. Im Handbuche des Deutschen Strafprozeßrechts. Herausgeg. von Holtzendorff. 2. Band. Berlin 1879. S. 398 ff.
München, Oberlandesgericht, Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses. Erlangen.
Pfafferoth, Das Deutsche Gerichtskostengesetz. Kommentar. Berlin 1903.
Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Berlin 1905. 1. und 2. Band.
Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1881. Leipzig.
Reichsgerichtsentscheidungen: Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rintelen, Der Strafprozeß. Berlin 1891.
Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozeß. Berlin 1901.
Schulzenstein, Zur Auslegung der §§ 451 Abs. 1, 452 Abs. 1, 456 Abs. 2 und 462 der Deutschen Strafprozeßordnung. Im Archiv f. Strafrecht. 29. Bd. S. 444 ff. Berlin 1881.
v. Schwarze, Kommentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung. Leipzig 1887.
v. Schwarze, Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprozeßrechte. Bd. 1. Leipzig 1881.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung. München 1898. 3. Aufl.
Thilo, Die Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. Berlin 1878.
Ullmann, Lehrbuch d. deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Voitus, Kontroversen betr. die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1881.
Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Band. Leipzig 1885.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. B. Strafrecht und Strafprozeß. 1. Jahrgang. Leipzig 1907.
Wiedinger, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versehen und Versäumnisse. In Holtzend. Rechtslex. 3. Aufl. Leipzig 1881. 3. Band.
Willwoll, Kostenentscheidung im Falle des § 458 StPO. In der Deutschen Juristen-Zeitung. Berlin 1906. Bd. 11 S. 1083 f.

Die zulässigen Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen stehen neben der beschuldigten Person dem Staatsanwalte (§ 338 Abs. 2 StPO.) sowie dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemann (§ 340 des a. G.) selbständig zu. Ob dies auch bei den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens der Fall ist, darüber ist in der Strafprozeßordnung nichts bestimmt. Die nachstehende Abhandlung soll versuchen, eine Antwort auf diese Frage zu geben.

§ 1.

Die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens.

Literatur: Thilo S. 498; v. Kries (Rechtsm.) S. 18 f.; v. Lilienthal a. a. O. S. 78; Schultzenstein a. a. O. 445 f.; Bennecke S. 673; Stenglein S. 645; Levis S. 345; Binding S. 216; Prot. d. Komm. f. die Strafpr.-Ref. S. 337 I. Bd.; Löwe S. 904 ff.

Strafbefehl, Strafverfügung und Strafbescheid, die der Kürze halber mit dem Sammelnamen Strafmandate bezeichnet werden sollen, sind ihrer historischen Entwicklung nach eine Nachbildung der Art und Weise, wie früher von den Polizeibehörden die Strafen einseitig verhängt wurden.[1]) Im Gegensatze zu dem ordentlichen Verfahren gewährt das Mandatsverfahren dem Beschuldigten kein richterliches Gehör, sondern es wird diejenige Strafe verhängt, die auf Grund einer Prima-Facie-Cognition[2]) als angemessen erscheint.

[1]) u. [2]) Binding a. a. O.

Als Rechtsbehelfe gegen diese Strafmandate gewährt das Gesetz dem Beschuldigten, der sich der erkannten Strafe nicht unterwerfen will, den Einspruch beim Strafbefehle und den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide. Erhebt der Beschuldigte Einspruch, dann erklärt er damit, daß er das ordentliche Verfahren wünsche, sei es, weil er die ausgeworfene Strafe als unangemessen ansieht, oder weil er sich überhaupt zu Unrecht bestraft glaubt. Mit der Erhebung des Einspruchs verliert der Strafbefehl alle ihm für den Fall des Eintritts der Rechtskraft (Verstreichenlassen der Einspruchsfrist bezw. Verzicht auf den Einspruch) bedingt zugesprochenen Rechtsfolgen; der Beschuldigte stürzt mit dem Einspruche den Strafbefehl aus eigener Machtvollkommenheit.[3]) — Ebenso verhält es sich bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide, wenn der Beschuldigte Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt.

Hierin gerade liegt der Hauptunterschied zwischen dem Einspruche sowie dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung — den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens — einerseits und den Rechtsmitteln des ordentlichen Verfahrens andererseits; denn mit letzteren greift der Beschuldigte nur die ihm ungünstige Entscheidung an und verlangt deren Änderung oder Aufhebung, während die Rechtsbehelfe, wie oben ausgeführt, eine viel weitergehendere Bedeutung haben.

Dieser besondere Charakter verleiht den Strafmandaten eine große Ähnlichkeit mit dem Zahlungsbefehle des bürgerlichen Rechts.[4]) Wie der Zahlungsbefehl — d. i. der nach Grund und Höhe auf Grund eines beschleunigten Verfahrens festgesetzte Anspruch des Gläubigers — im Falle der Widerspruchserhebung alle ihm bedingt zugesprochenen Rechtsfolgen verliert, so hört das Strafmandat zu leben auf, sobald der Rechtsbehelf eingelegt worden ist.

Das Reichsgericht (Entsch. Bd. XVII S. 252) charakterisiert sonach den Unterschied zwischen Mandatsverfahren und ordentlichem Verfahren unrichtig, wenn es bezüglich des Strafbescheids sagt, in dem durch den Antrag auf gerichtliche Entscheidung herbeigeführten Verfahren sei darüber zu befinden, ob der Beschuldigte mit Recht oder zu Unrecht schuldig gesprochen wurde. Das angerufene Schöffengericht (beim Strafbescheide möglicherweise auch die Strafkammer) ist nicht, wie die Entscheidung zu besagen scheint, die obere Instanz für den Strafbescheid; das Gericht entscheidet nicht über Aufhebung oder Aufrechterhaltung, sondern lediglich als erste Instanz. Der Strafbescheid gilt für das Gericht als nicht vorhanden, soweit er nicht die Anklageschrift und den Eröffnungsbeschluß vertritt; ein Stützen der Entscheidung auf den Strafbescheid ist unzulässig. — Dasselbe gilt bei der Strafverfügung und beim Strafbefehle.

Der Einspruch und der Antrag auf gerichtliche Entscheidung vernichtet jedoch, wenn form- und fristgerecht eingelegt, die Rechtsfolgen des im Strafmandate festgestellten Strafanspruchs nur bedingt; die Rechts-

[3]) Binding S. 233, 232. — Unter Berücksichtigung dieses besonderen, von dem der Rechtsmittel durchaus verschiedenen Charakters des Einspruchs, wurde auch in der Kommission für die Reform des Strafprozesses ein Antrag, die Beschränkung des Einspruchs analog der Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte zuzulassen, abgelehnt. Protokolle Bd. I a. a. O.

[4]) Bennecke a. a. O. bezeichnet das Mandatsverfahren geradezu als „strafprozessuales Mahnverfahren“; er geht aber hier zu weit, da es sich ja nicht um „Erfüllung“, „Leistung“ u. dergl. handelt. Zu vergleichen auch v. Kries „Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses“.

Digitized by Google

folgen treten wieder auf (und zwar dann unbedingt), wenn der Einspruch bezw. der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgenommen wird (§§ 45 Abs. 1, 456 Abs. 2, 462 Abs. 2 StPO.). Unbedingt gestürzt ist die Kraft des Strafmandats, sobald in die Hauptverhandlung eingetreten worden ist; denn dann ist eine Zurücknahme des Rechtsbehelfs und ein dadurch bedingtes Wiederaufleben des Strafmandats ausgeschlossen. Die alleinige Ausnahme von dieser Regel bildet ß 452 Abs. 1 StPO.; er besagt: „Bleibt der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung in der Hauptverhandlung aus, und wird er auch nicht durch einen Verteidiger vertreten, so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen."

Die von Schulzenstein a. a. O.[5]) aufgeworfene Frage, wie es sich im Falle mehrerer Hauptverhandlungen verhalte, ob dann die Befugnis zur Zurücknahme des Rechtsbehelfs wiederauflebe, beantwortet sich aus dem Gesetze und aus dem oben Gesagten dahin, daß die Zurücknahme nur bis zum Beginne der auf den erhobenen Rechtsbehelf anberaumten ersten Hauptverhandlung erfolgen kann, weil dann in das ordentliche Verfahren eingetreten wird und das Strafmandat zu existieren aufhört; die Befugnis lebt nicht wieder auf, wenn infolge Vertagung oder Vernichtung des Urteils in der oberen Instanz und Zurückverweisung der Sache die Verhandlung von neuem beginnt.

I. Teil.

§ 2.

Die rechtliche Stellung des Staatsanwalts.

Literatur: Holtzendorff a. a. O. S. 742 ff.; Wach S. 319; Hellwig, Reichsstrafproz. §§ 313—37; Rintelen S. 42 f; v. Kries Lehrbuch S. 190 f.; Ullmann S. 229 f; Bennecke S. 152 ff.; Stenglein S. 69; Binding S. 106 f.

Die Staatsanwaltschaft, die in ihrer heutigen Gestaltung ihr Entstehen dem französischen Rechte verdankt, ist eine ständige Behörde der Jutizverwaltung, deren Hauptaufgabe, neben einer Mitwirkung im Zivilprozesse und einer Mitwirkung im Zivilprozesse und einer beaufsichtigenden Tätigkeit in der Justizverwaltung, in der Betreibung der Strafverfolgung im Namen des Staates besteht.

Sie hat eine Parteistellung inne, die Stellung des Anklägers.

Wie aber für den Richter nur die festgestellte objektive Wahrheit eine Verurteilung begründen kann, so darf auch für den Staatsanwalt nicht die Rolle des Anklägers, d. i. der einseitige Standpunkt des Angriffs und der diesen stützenden Tatumstände, allein maßgebend sein, sondern es ist die Pflicht des Staatsanwalts, die objektive Wahrheit zu ergründen. Er hat sein Augenmerk nicht allein auf die Feststellung sämtlicher Belastungs-, sondern auch sämtlicher Entlastungsmomente zu richten und auch die Erhebung derjenigen zur Entlastung dienenden Beweise zu veranlassen, deren Verlust zu besorgen ist (§ 158 Abs. 2 StPO.). Aus diesem Gesichtspunkte heraus ist weiterhin in § 405 des a. G. bestimmt, daß die Staatsanwaltschaft berechtigt sei, auch zu Gunsten eines Verurteilten die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen, und schließlich der Staatsanwaltschaft in § 338 Abs. 2 des a. G. das Recht eingeräumt, auch zu Gunsten des Verurteilten von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.

[5]) a. a. O. S. 445.

§ 3.

Die Berechtigung der Staatsanwaltschaft zum selbständigen Gebrauche der Rechtsbehelfe.

Literatur: Mewes a. a. O. S. 398; Hahn I. S. 147; Kries Lehrb. S. 742; Ullmann S. 561; Friedländer a. a. O. S. 513; Rosenfeld S. 423; Prot. f. Strafpr.-Ref. I. S. 334 f.; Löwe S. 745.

Wollte man dazu gelangen, der Staatsanwaltschaft das Recht zum Gebrauche der Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens zu Gunsten der beschuldigten Person zuzusprechen, so könnte man dies nur mit einer Ausdehnung der in § 338 Abs. 2 StPO. der Staatsanwaltschaft zugesprochenen Befugnis auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens begründen. Ist eine solche Ausdehnung möglich?

I. Strafbefehl. Der Strafbefehl ergeht auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 447 Abs. 1 StPO.), die ihren Antrag bis zum Erlasse des Strafbefehls zurücknehmen darf. Erläßt der Richter den Strafbefehl, so ist ihr damit eine weitere Einwirkung auf den Strafbefehl und seine rechtlichen Folgen entzogen. Dies rechtfertigt sich daraus, daß zum Zustandekommen des Strafbefehls ein Zusammenwirken von Richter und Staatsanwalt erforderlich ist, daß zu dem Antrage der Staatsanwaltschaft noch die prüfende Tätigkeit des Richters kommt, wie dies in § 448 Abs. 2 StPO. zum Ausdrucke gebracht worden ist, und daß nach Prüfung und nach richterlicher Festsetzung der beantragten Strafe in Gestalt des erlassenen Strafbefehls dem Staatsanwalte unmöglich mehr das Recht zu einseitiger Zurücknahme des Antrags zugestanden werden kann.[6]) (Mewes a. a. O.)

Aus demselben Gesichtspunkte heraus kann aber auch der Staatsanwaltschaft nicht das Recht zugestanden werden, den Strafbefehl dadurch eigenmächtig zu stürzen, daß sie zu Gunsten des Beschuldigten Einspruch einlegen darf, selbst dann nicht, wenn sie erkannt hat, daß die im Strafbefehle festgesetzte Strafe zu hoch ist, oder daß der Strafbefehl überhaupt zu Unrecht erlassen worden ist. Um derartige Ungerechtigkeiten zu vermeiden, tritt vor dem Erlasse des Strafbefehls eben noch die prüfende Tätigkeit des Richters hinzu. Die Aussicht, daß trotzdem einmal ein ungerechter Strafbefehl erlassen werden kann, vermag ein Einspruchsrecht der Staatsanwaltschaft nicht zu begründen; denn ein ungerechter Strafbefehl ist nur eine leicht mögliche Folge des Mandatsverfahrens überhaupt.[7])

Selbst wenn man aber diese Begründung nicht für stichhaltig ansehen wollte, so müßte man doch aus Billigkeitsgründen zu demselben Ergebnisse gelangen. Es ist zu bedenken, daß das „zu Gunsten des Beschuldigten" beim Strafbefehle völlig illusorisch sein würde, da der Einspruch, wenn er auch von der Staatsanwaltschaft nur zu Gunsten des

[6]) Die einzige Durchbrechung erleidet dieses Prinzip durch die Bestimmung in § 451 Abs. 1 St. P. O., durch welche die Staatsanwaltschaft für den Fall der Erhebung des Einspruchs berechtigt wird, die öffentliche Klage fallen zu lassen. Diese Bestimmung trägt aber, wie die Motive zum Entwurf (Hahn a. a. O.) ausdrücklich hervorheben, einen Ausnahmecharakter gegenüber der Regel des § 154 St. P. O., wonach eine öffentliche Klage nach Eröffnung der Untersuchung nicht mehr zurückgenommen werden darf.

[7]) Friedländer a. a. O. versagt der Staatsanwaltschaft die Anfechtung des Mandats, da es nur in Übereinstimmung mit ihrem Antrage erlassen worden sei und es ihre Pflicht gewesen wäre, die Uebereinstimmung des Antrages mit den Vorschriften des Gesetzes sorgfältiger zu prüfen.

Beschuldigten eingelegt worden wäre, eine härtere Strafe zufolge § 451 Abs. 3 StPO. trotzdem nach sich ziehen könnte. Diese Gefahr kann aber dem Beschuldigten nicht zugemutet werden, der sich bei dem Strafbefehle beruhigen will.[8]) Es erscheint also auch schon aus diesem Grunde eine ausdehnende Auslegung der in § 338 Abs. 2 StPO. getroffenen Bestimmungen auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens nicht gerechtfertigt, wie sie bisher wohl auch noch von keinem Juristen behauptet worden ist.

II. Strafverfügung, Strafbescheid. Auch hier kann der Staatsanwaltschaft ein selbständiges Antragsrecht auf gerichtliche Entscheidung nicht zugebilligt werden und zwar aus folgenden Gründen:

Die Behörde erläßt das Strafmandat aus eigener Machtvollkommenheit ohne Antrag, ohne Mitwirkung der Statsanwaltschaft; sie kann auch allein und selbständig ihre Verfügung (ihren Bescheid) nach erhobenem Antrage auf gerichtliche Entscheidung bis zur Abgabe der Akten an die Staatsanwaltschaft zurückziehen. Der Staatsanwaltschaft steht hierbei weder eine Mitwirkung (etwa in Form einer hierzu erforderlichen Zustimmung) noch dieses Recht selbst zu. Sie steht also, solange das ordentliche Verfahren beim Schöffengerichte (bezw. bei der Strafkammer des Landgerichts) noch nicht anhängig geworden ist, im Gegensatze zum Strafbefehle völlig außerhalb des Verfahrens, das sich nur zwischen Behörde und Beschuldigtem abspielt. Es kann ihr aus diesen Gründen in dieser Zeit daher auch ein Recht, selbständig einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung, und sei es auch zu Gunsten des Beschuldigten, zu stellen, nicht zugestanden werden.

Die Staatsanwaltschaft tritt erst in das Verfahren ein, wenn ihr die Akten nach Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung von der Verwaltungsbehörde übersandt worden sind. Da dann bereits das ordentliche Verfahren im Gange ist, würde es überflüssig erscheinen, dem Staatsanwalte noch das Recht zuzusprechen, es in Gang zu setzen. Es könnte aber der Fall eintreten, daß der Beschuldigte seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückzieht, und in diesem Falle könnte es sich fragen, ob nunmehr dem Staatsanwalte nicht ein Recht zum Antragstellen zugestanden werden muß, da ja die Straftfestsetzung nicht, wie beim Strafbefehle, auf seinem eigenen Antrage beruht, und da er in das Verfahren bereits eingetreten ist. Aber auch hier ist die Frage wie beim Strafbefehle wegen der Möglichkeit einer reformatio in peius aus Billigkeitsgründen zu verneinen.

Weiter spricht gegen eine Ausdehnung der dem Staatsanwalte in § 338 Abs. 2 StPO. eingeräumten Befugnis auf das Mandatsverfahren, wie Friedländer a. a. O. zutreffend ausführt, der Umstand, daß die eingehenden Sonderbestimmungen, die die Strafprozeßordnung in den §§ 449, 451 f. für den Strafbefehl, in den §§ 453, 454 für die Strafverfügung und in den §§ 459, 460 für den Strafbescheid getroffen hat, für eine derartige Tätigkeit des Staatsanwalts keinen Raum lassen.

Es ist deshalb nicht zu rechtfertigen, daß die Gesetzgebung des Herzogtums Sachsen-Meiningen in § 4 des Ausführungsgesetzes zur deutschen Strafprozeßordnung (vom 17. Juni 1879)[9]) dem Amtsanwalte das

[8]) Vgl. hierzu die Ausführungen in § 5.

[9]) Dieser Paragraph lautet: „Dem Amtsanwalt steht in gleicher Weise wie dem Angeschuldigten der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu."

Recht eingeräumt hat, gegen eine Strafverfügung auf gerichtliche Entscheidung anzutragen. Die Gerichte des Herzogtums Sachsen-Meiningen müßten derartige Anträge des Amtsanwalts als unzulässig zurückweisen, da Reichsrecht vor Landesrecht geht.[10]) — Abgesehen von diesem Falle ist bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide weder in der Theorie noch in der Praxis m. W. der Staatsanwaltschaft ein derartiges Antragsrecht zugesprochen worden.[11])

II. Teil.

§ 4.

Die rechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns.

Literatur: Schwarze Komm. S. 492; Thilo S. 398; Bomhard S. 249; Kries Rechtsm. S. 18; Geyer S. 442; Puchelt S. 530; Schwarze i. Holzend. Hdb. S. 247; Schwarze Erört. S. 151; Keller S. 159; John I. S. 971; Glaser II. S. 248 ff.; Hellweg Strafpr. S. 239; Rintelen S. 287; Ullmann S. 582; Bennecke-Beling S. 154; Binding S. 248; Friedel S. 69; Löwe S. 423 f.

I. Der gesetzliche Vertreter ist in der Strafprozeßordnung des öfteren erwähnt, so in § 140 (die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters, in besonderen Fällen die Bestellung eines Verteidigers zu beantragen), in § 149 (die Zulassung des gesetzlichen Vertreters als Beistand des Angeklagten), in § 268 (die Urteile, die eine Unterbringung des Angeklagten in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt anordnen, sind auch dessen gesetzlichem Vertreter zuzustellen, sofern letzterer nicht als Beistand in der Hauptverhandlung aufgetreten ist) und schließlich in den für diese Abhandlung allein in Betracht kommenden §§ 340 und 405, die dem gesetzlichen Vertreter das Recht einräumen, selbständig von den Rechtsmitteln Gebrauch

[10]) Nach einer Mitteilung des Herzoglichen Staatsministeriums zu Meiningen, Abteilung der Justiz, vom 17. August 1907 ist die angefochtene Bestimmung noch jetzt in Geltung, ihr Erlaß wird durch einen Hinweis auf § 6 Abs. 2 Ziffer 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung begründet. Diese Begründung geht fehl. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist ein Akt und zwar der erste Akt des gerichtlichen Verfahrens, nicht aber ein Akt des Verwaltungsverfahrens; die Berechtigung, einen derartigen Antrag zu stellen, kann daher lediglich auf Grund der Strafprozeßordnung festgestellt werden. Die Landesgesetzgebung vermag ein derartiges Recht weder einer Person zu nehmen, der es nach Reichsrecht zukommt, noch es einer Person zu verleihen, der es das Reichsrecht versagt, sie ist nicht befugt, irgendwelche Bestimmungen zu treffen, die in das gerichtliche Verfahren eingreifen und die Strafprozeßordnung insoweit zu ergänzen. (§ 3 und § 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung. Zu vgl. auch Löwe Note 2a zu § 3 des Einführungsgesetzes zur St.P.O. und Note 4a zu § 453, Note 3 zum 3. Abschn. des 6. Buches der Strafprozeßordnung.)

[11]) Die Kommission für die Reform des Strafprozesses hat sich in ihrer Sitzung vom 9. März 1904 (Protokolle I. S. 335) hinsichtlich des Strafbefehls ebenfalls gegen eine Ausdehnung der dem Staatsanwalte durch § 338 Abs. 2 StPO. zugesprochenen Befugnisse ausgesprochen. Es war beantragt worden, der Staatsanwaltschaft die Befugnis zu verleihen, gegen Strafbefehle Einspruch zu erheben mit der Begründung, bei veränderter Sachlage könne der Staatsanwalt gegründete Veranlassung haben, eine öffentliche Verhandlung herbeizuführen. Dieser Antrag wurde jedoch mit 7 : 3 Stimmen abgelehnt in der Erwägung, die Staatsanwaltschaft dürfe gegen die gemäß ihrem Antrage erfolgte Entscheidung keine Einwendungen erheben, auch liege zu der vorgeschlagenen Erweiterung ihrer Befugnisse in der Praxis kein Bedürfnis vor. — Hinsichtlich der Strafverfügung und des Strafbescheids ist diese Frage von der Kommission nicht erörtert worden.

Digitized by Google

zu machen und selbständig den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen.

Diese Bestimmungen geben dem gesetzlich Vertretenen einen Beistand in der Person seines Vertreters. Letzterer tritt nicht als Stellvertreter des Beschuldigten auf, sondern er übt einzelne, ihm vom Gesetze ausdrücklich zugebilligte Befugnisse aus.

Die Frage, wer im einzelnen zum gesetzlichen Vertreter zu rechnen ist, findet in der Strafprozeßordnung keine Beantwortung; dies ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. (Binding a. a. O.) Eine gesetzliche Vertretung liegt dann vor, wenn eine Person, sei es in allen, sei es auch nur in einzelnen Geschäften, im Zivilprozesse der Prozeßfähigkeit ermangelt und daher von einer anderen Person vertreten werden muß.

Zunächst gehört der eheliche Vater als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder hierher (§§ 1630, 1634, 1635 BGB.). Die eheliche Mutter wird gesetzliche Vertreterin des Minderjährigen in den Fällen der §§ 1684 i. V. mit 1679, 1680, 1685 i. V. mit 1676 bis 1678 BGB. Die minderjährige Mutter ist nicht vertretungsberechtigt (§ 1696 des a. Ges.), ebensowenig die uneheliche Mutter (§ 1707 des a. Ges.), die allerdings durch Berufung zum Vormunde die Stellung eines gesetzlichen Vertreters erlangen kann (§ 1778 Abs. 3 des a. Ges.). — Gesetzlicher Vertreter ist ferner der Adoptivvater (gemäß § 1757 des a. Ges.), nicht der Stiefvater (Reichsgericht Rechtspr. Band V S. 755). — Weiterhin verleiht das Gesetz dem Vormunde des Minderjährigen die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 1793 d. a. G.). Wird ein Vormund bestellt, weil die elterliche Gewalt des Vaters ruht oder verwirkt ist, oder weil ihm die Vertretung des Kindes entzogen worden ist, so ist der Vormund allein gesetzlicher Vertreter (§ 1698 des a. G.). — Gesetzlicher Vertreter ist ferner der Vormund des Volljährigen (§ 1897 des a. G.), gleichgültig, aus welchem Grunde die Entmündigung erfolgt ist. Unrichtig ist es m. E., dem Vormunde des entmündigten Verschwenders das Recht zu versagen, als gesetzlicher Vertreter im Sinne der Strafprozeßordnung aufzutreten. Zu einer Beschränkung des Begriffs[12]) liegt keine Veranlassung vor. Maßgebend ist es, daß nach bürgerlichem Rechte ein Verhältnis dauernder gesetzlicher Vertretung besteht und diese Vertretung nicht ein ausschließlich auf Vermögensangelegenheiten beschränktes Institut darstellt. Das letztere ist aber bei der Vormundschaft über den entmündigten Verschwender nach geltendem Recht nicht der Fall; der Vormund des Verschwenders hat das Recht und die Pflicht, sowohl für das Vermögen als auch für die Person seines Mündels zu sorgen. (§ 1901 BGB.) — Auch der Pfleger des § 1910 Abs. 1 BGB. ist zu den gesetzlichen Vertretern im Sinne der Strafprozeßordnung zu rechnen, denn er ist nach bürgerlichem Rechte gesetzlicher Vertreter des Pflegebefohlenen (§ 1915 in Verb. mit § 1793 BGB.).[13]

II. Auch dem Ehemanne einer beschuldigten Frau sind durch die Strafprozeßordnung besondere Befugnisse eingeräumt worden, so (in § 149 StPO.) das Recht, als Beistand der beschuldigten Ehegattin in der Hauptverhandlung aufzutreten, (in § 433 des a. G.) das Recht, die Privatklage seiner verstorbenen Frau fortzusetzen, (in §§ 401 und 405) das Recht, den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen und schließlich

---

[12]) vgl. Bennecke-Beling a. a. O., Löwe a. a. O. 423.

[13]) Hellweg Strafpr. S. 239.

Digitized by Google

(in § 340 des a. G.) die Befugnis, zu Gunsten seiner Frau von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.

Der Ehemann wird vom Gesetze nicht unter die gesetzlichen Vertreter gerechnet, er handelt aber auch nicht als Stellvertreter seiner Frau. Auch er übt — wie der gesetzliche Vertreter — ihm ausdrücklich vom Gesetze zugebilligte Befugnisse aus und zwar kraft eigenen Rechts.

Die Voraussetzung der Ehemannsqualität ist das Bestehen einer Ehe; nach welchem Rechte die Eheschließung erfolgt ist, ist gleichgültig, sofern sie nur überhaupt als rechtsgültige Eheschließung anzusehen ist.

§ 5.

Die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns zum selbständigen Gebrauche der Rechtsbehelfe.

Literatur: Mewes S. 398 u. 47; Bomhard S. 327 Nr. 2; Geyer S. 873; Dochow i. R. Lex. I. S. 652 f.; Puchelt S. 761; v. Schwarze Erört. I. S. 13 u. 154; v. Lilienthal i. R. Lex. III. S. 79 f.; Hahn I. S. 245 f.; Isenbarth S. 393; Keller S. 327 ff.; Glaser II. S. 220; Rintelen S. 252; v. Kries Lehrb. S. 327 ff.; Ullmann S. 511; Bennecke S. 679; Birkmeyer S. 771; Friedländer S. 669; Stenglein S. 646; Levis S. 348 f.; Bennecke-Beling S. 660; Rosenfeld S. 423; Binding S. 216; Prot. f. die Strafpr.-Ref. I. S. 335 ff., II. S. 255 f.; Friedel S. 69; Löwe S. 904.

I. Die Beantwortung der Frage, ob der gesetzliche Vertreter und der Ehemann zu Gunsten einer beschuldigten Person von den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens selbständig Gebrauch machen dürfen, hängt von der Entscheidung darüber ab, ob eine Ausdehnung des diesen Personen in § 340 StPO. hinsichtlich der Rechtsmittel gewährten Rechts auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens zulässig ist.

Die Entstehungsgeschichte des § 340 StPO. steht einer derartigen Ausdehnung nicht entgegen. Im Entwurfe einer deutschen Strafprozeßordnung[14]) wird dieser Paragraph wie folgt begründet: „Das Verhältnis, in welchem der gesetzliche Vertreter einer nicht handlungsfähigen Person zu dieser letzteren steht, läßt es gerechtfertigt erscheinen, in einem gegen diese gerichteten Strafverfahren auch ihm die Befugnis zum Gebrauche der dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmittel zu gewähren.“ Bezüglich des Ehemanns begründet der Entwurf a. a. O. dies damit, daß der Ehemann am Ausgange des gegen seine Ehefrau gerichteten Verfahrens das größte Interesse habe.

Der gesetzlich Vertretene ist infolge seiner Eigenschaften, die einen gesetzlichen Vertreter überhaupt als notwendig erscheinen lassen, auch nicht vollreif in strafrechtlicher Beziehung; er muß sich infolgedessen eine Bevormundung gefallen lassen. Die Ehefrau ist in ähnlicher Weise abhängig vom Ehemanne und infolge des besonderen rechtlichen Charakters der Ehe auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen in ihrer Verfügungsgewalt beschränkt. Beide, der gesetzliche Vertreter und der Ehemann, sind vom Gesetze berufen, den Vertretenen zu schützen und seine Interessen zu wahren, und es ist nur natürlich, wenn man sie der beschuldigten Person auch in einem Strafverfahren, in dem diese einer Straftat bezichtigt wird, als eine gesetzliche Hilfe zur Seite stellt. Der gesetzliche Vertreter und der Ehemann werden von einer Bestrafung der

[14]) Bei Hahn I. S. 246.

von ihr vertretenen Person selbst mit betroffen zufolge der engen Beziehungen, die sich nach rechtlichen und sittlichen Grundsätzen mit den Vertretenen verknüpfen.

Gibt man aber auf Grund dieser Erwägungen dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne das Recht, selbständig Rechtsmittel einzulegen, so wird man ihnen auch das Recht nicht absprechen können, von dem einzigen gegebenen Behelfe gegen die Strafmandate Gebrauch zu machen, zumal wenn man berücksichtigt, daß das Strafmandat bei Nichtgebrauch des Rechtsbehelfs die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils erlangt. Bei den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens ist außerdem das Bedürfnis, dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne eine solche Befugnis einzuräumen, noch dringender als bei den eigentlichen Rechtsmitteln. Von diesen kann der Staatsanwalt zu Gunsten des Verurteilten Gebrauch machen, nicht aber, wie bereits (in § 3) ausgeführt worden ist, von den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens. Infolgedessen würde sich der von Binding S. 214 mit Recht gerügte Mangel des Mandatsverfahrens, daß dem Beschuldigten ein richterliches Gehör versagt und ihm ohne vollen Schuldbeweis auf Grund einer Prima-Facie-Cognition eine Strafe auferlegt wird, die gerade infolge der geringen Klärung des Sachverhalts häufig ungerecht sein kann, noch gefährlicher ausgestalten, wollte man auch dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne die Befugnis zum Gebrauche des Rechtsbehelfs absprechen. Wenn schon der mit einer Strafverfügung bedachte Volljährige lieber die Strafe trotz seiner Unschuld bezahlt, nur um einer Hauptverhandlung vor Gericht zu entgehen, wieviel mehr wird dies bei beschränkt Willensfähigen oder bei der in Rechtssachen unbewanderten Frau der Fall sein, die beide vor einer gerichtlichen Verhandlung, jener infolge seiner Unreife, diese infolge ihrer Unselbständigkeit in Rechtssachen, ein ungleich größeres Mißbehagen empfinden werden, und die ihre Tat vielleicht überhaupt nicht richtig beurteilen können.

II. Gegen die analoge Anwendung des § 340 StPO. auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens sprechen sich Kries, Geyer, Friedländer, Birkmeyer, Levis, Bennecke-Beling, Binding und Rosenfeld aus.

1. Kries,[15]) Birkmeyer,[16]) Bennecke-Beling[17]) und Rosenfeld a. a. O. führen zunächst als formellen Grund, der gegen eine Analogie spräche, an, daß der Rechtsbehelf des Mandatsverfahrens kein Rechtsmittel im Sinne des Gesetzes sei. Dies ist richtig,[18]) steht jedoch einer analogen Anwendung des § 340 StPO. auf das Mandatsverfahren unter Berücksichtigung der unter I. angeführten Gründe nicht entgegen.[19])

2. Kries[20]) führt weiterhin an, „daß der Einspruch zweischneidig sein könne, daß es unangemessen sei, dem Beschuldigten die Gefahr härterer Strafe aufzunötigen", und im gleichen Sinne äußert sich Friedländer a. a. O. — Diese Möglichkeit an sich vermag aber die analoge Anwendung des § 340 StPO. auf die Rechtsbehelfe nicht auszuschließen; denn diese Möglichkeit rechtfertigt sich aus dem besonderen Charakter des Mandatsverfahrens: Es wird hier auf Grund einer Prima-Facie-Cognition eine

[15]) Kries Lehrb. S. 742.
[16]) Birkmeyer S. 770.
[17]) Bennecke-Beling S. 660.
[18]) vgl. Ausführungen oben § 1.
[19]) Zu vergleichen außerdem die Ausführungen unter II 4 dieses Paragraphen.
[20]) Kries Lehrb. S. 742.

Strafe festgesetzt, die angemessen erscheint. So ist z. B. der verfügende Richter beim Strafbefehle nicht in der Lage, die dem Strafbefehle zu Grunde liegende Tat nach allen Seiten hin zu prüfen; er ist an den Antrag des Anklägers gebunden. Hieraus ergibt sich ohne weiteres die Möglichkeit, — und dies ist als hauptsächlichster Mangel des Mandatsverfahrens schon oft gerügt worden —, daß eine ungerechte Strafe festgesetzt wird, sei es, daß sie zu hart, sei es aber auch, daß sie zu mild sei. Wenn nun der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann Einspruch einlegt, und die Strafe stellt sich nach dem Ergebnisse der mündlichen Verhandlung als zu gering heraus, dann ist es doch nur gerecht, wenn den Beschuldigten die härtere Strafe trifft, die er nach genauer Würdigung des Falles verdient. Von einer Unangemessenheit kann dann doch — wie Kries a. a. O. glaubt — nicht die Rede sein. Auch verweise ich hier noch auf den von der Kommission für die Strafprozeßreform[21]) besonders hervorgehobenen Umstand, daß doch auf allen Gebieten des Rechtslebens der Vertretene die ungünstigen Folgen einer vom Vertreter vorgenommenen Handlung zu tragen hat. — Noch weniger kann natürlich von einer Unangemessenheit gesprochen werden, wenn die beschuldigte Person auf den Einspruch des gesetzlichen Vertreters bezw. des Ehemanns hin eine härtere Strafe erhält, nicht deshalb, weil strafschärfende Momente zutage getreten sind, sondern weil die Straftat nach einem Strafgesetze zu beurteilen war, das härtere Strafen androht. Wollte man hier das Einspruchsrecht des Vertreters, wie dies Kries a. a. O. tut, mit derselben Begründung ablehnen, daß es unangemessen sei, der beschuldigten Person eine härtere Strafe aufzunötigen, dann müßte man auch zu dem Resultate gelangen, daß beim rechtskräftigen Strafbefehle ein Verbrauch der Strafklage[22]) gegeben sei. Denn sonst könnte man doch nicht von „aufnötigen" reden, wenn der Beschuldigte sowieso noch eine härtere Strafe zu gewärtigen hätte.

Glaubt sich der gesetzlich Vertretene oder die Ehefrau durch das vom gesetzlichen Vertreter bezw. vom Ehemanne herbeigeführte ordentliche Verfahren zu Unrecht bestraft, so steht es ihnen ja frei, dieses Urteil noch mit der Berufung anzufechten.[23])

Wenn in § 3 (Seite 7) die Möglichkeit einer reformatio in peius als Ausschließungsgrund einer analogen Anwendung des § 338 Abs. 2 StPO. auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens angeführt worden ist, so rechtfertigt sich dies aus der besonderen Stellung, die der Staatsanwalt im Verhältnis zum Beschuldigten einnimmt. Das Gesetz räumt dem Staatsanwalte nicht das gleiche Fürsorgerecht und die gleiche Fürsorgepflicht ein, wie dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne; wenn dem Staatsanwalte die Verpflichtung auferlegt wird, auch alle Entlastungs-

---

[21]) Protokolle Band I S. 336.

[22]) Über die Frage des Strafklageverbrauchs bei Strafmandaten sei nur das hier erwähnt, daß ein solcher in Praxis und Theorie bei Strafverfügungen und Strafbescheiden schon lange verneint wird (cf. Keller a. a. O.); und daß beim Strafbefehle die Praxis des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 28 S. 83; Bd. 29 S. 156; Bd. 34 S. 165) ihn ständig als nicht gegeben erachtet hat. Dieser Auffassung hat sich m. E. auch die Theorie angeschlossen. Man müßte ja sonst, wie in der Kommission für die Strafprozeßreform (Prot. a. a. O.) mit Recht hervorgehoben wurde, zu dem Ergebnisse gelangen, daß ein Mordversuch strafrechtlich nicht mehr verfolgbar sei, weil die Tat durch einen rechtskräftig gewordenen Strafbefehl bereits als unbefugtes Schießen geahndet sei. — cf. auch v. Lilienthal a. a. O.

[23]) Schwarze Erört. a. a. O., Friedländer a. a. O.

Digitized by Google

momente zu berücksichtigen, so geschieht dies lediglich zur Wahrung der Objektivität.

3. Kries[24]) führt schließlich gegen die Analogie noch den Grund ins Feld, daß es unangemessen erscheine, jemanden wider seinen Willen zum Angeklagten in der Hauptverhandlung zu machen. — Dieser Grund wird durch die Entstehungsgeschichte des § 340 StPO. widerlegt. Die oben unter I angeführten Gründe, die zur Einführung des § 340 geführt haben, beseitigen ohne weiteres dieses Bedenken von Kries.

4. Levis[25]) führt als Hauptmoment, das gegen eine Analogie de lege lata spräche, folgendes an: Die Strafverfügung — Levis' Abhandlung spricht speziell von dieser Art des Mandatsverfahrens — sei eine Erklärung, gerichtet an den Beschuldigten; dessen ausdrückliche oder stillschweigende Gegenerklärung solle provoziert werden. Bestehe diese Erklärung in einem Anerkenntnisse, so müsse hiermit jedes weitere Verfahren abgeschnitten sein; daneben könne doch die Verweigerung der Anerkennung seitens einer nicht „anerklärten Person" insoweit eine Wirkung nicht äußern, als dies nicht strikte vom Gesetze gesagt sei. Daraus aber, daß gewissen Personen vom Gesetzgeber die Befugnis beigelegt sei, ein gerichtliches Urteil anzufechten, könne nicht gefolgert werden, daß ihnen deshalb auch das ganz andersartige Recht, ein Anerkenntnis seiner Wirkung zu berauben, zustehen solle.

So grundsätzlich, wie Levis meint, ist nun aber das Recht des gesetzlichen Vertreters (des Ehemanns), von den Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, nicht von seinem Rechte verschieden, selbständig Einspruch zu erheben oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen, wenn auch die angewandten Mittel (wie in § 1 dieser Abhandlung ausgeführt) verschiedenartige Wirkungen äußern. Man darf auch nicht außer acht lassen, daß der praktische Endzweck und Erfolg der Rechtsmittel und der Rechtsbehelfe doch der ist, daß eine gesetzlich fixierte Strafe nicht vollstreckbar wird, sondern daß eine zweite Entscheidung herbeigeführt wird. (cf. Mewes a. a. O. S. 398.)

Levis erkennt das Unbefriedigende seines Resultats auch[26]) selbst an. Er hebt mit Recht hervor, es liege etwas Widersinniges darin, daß Individuen, die, eben weil sie beschränkt willensfähig sind, einen gesetzlichen Vertreter haben, sich der Strafe ganz nach eigenem Belieben allein unterwerfen können, ohne daß ihr Vertreter zu ihrem Besten handeln könnte. Der Widersinn werde auch dadurch nicht behoben, daß diese Personen in § 57 StGB. als selbständig deliktsfähig behandelt werden.

5. Um es nochmals kurz zusammenzufassen: Die Gründe, die den Gesetzgeber dazu geführt haben, dem beschränkt Geschäftsfähigen und der Ehefrau ein Organ der Beaufsichtigung, Unterstützung oder Beratung zuzugesellen, die weiterhin dazu geführt haben, letzteren Personen ein selbständiges Recht zum Rechtsmittelgebrauche zu verleihen, rechtfertigen auch mangels anderweiter dagegen stehender Bedenken eine analoge Anwendung des § 340 StPO. auf die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens.

III. Für eine analoge Anwendung haben sich ausgesprochen:

Mewes a. a. O.; er spricht dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemann das Einspruchsrecht und das Recht zur Stellung des Antrags

[24]) v. Kries Lehrbuch S. 742.
[25]) Levis in Dochows Ztschr. Bd. 19 S. 348.
[26]) a. a. O. S. 348.

Digitized by Google

auf gerichtliche Entscheidung mit der allerdings unrichtigen Begründung zu, daß die Rechtsbehelfe des Mandatsverfahrens den Charakter und die Wirkung eines Rechtsmittels hätten;

v. Lilienthal a. a. O.; der analogen Anwendung des § 340 auf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung stehe nichts im Wege, wenn auch der fragliche Antrag kein Rechtsmittel sei; es entspreche der prozessualischen Behandlung des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns;

Isenbarth a. a. O.; er gibt den in § 340 StPO. erwähnten Personen das Recht zum Einspruch, weil dieses die wesentliche Vorbedingung des Rechts zur Erhebung der ordentlichen Rechtsmittel sei;

Keller a. a. O.; die Anwendung des § 340 StPO. rechtfertige sich aus der Verwandtschaft des Einspruchs mit den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne und aus inneren Gründen;

Stenglein a. a. O.; er plädiert für Analogie des § 340 StPO. auf das Strafbefehlsverfahren, da der Einspruch das einzige prozessuale Mittel gegen den Strafbefehl sei;

Löwe a. a. O.;[27]) er erblickt im Strafbefehle (und ebenso in der Strafverfügung und im Strafbescheide) ein bedingtes Urteil, und hält es um deswillen nicht für gerechtfertigt, das in § 340 StPO. dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne gewährte Anfechtungsrecht hier auszuschließen, da bei der Unzulässigkeit eines Rechtsmittels dieses Anfechtungsrecht hier nicht anders als in Gestalt des Einspruchs bezw. des Antrags auf gerichtliche Entscheidung zur Ausübung gelangen könnte.

Für Analogie sind ferner, ohne ihre Ansicht zu begründen: Bomhard (S. 327), Dochow (a. a. O. S. 652), Puchelt (S. 761), v. Schwarze (Erört. S. 13), Rintelen (S. 287, 269), Ullmann (S. 561), Bennecke (S. 679), Friedel (S. 69).

Endlich sei noch erwähnt, daß sich auch die preußische Gesetzgebung im Prinzipe (wenigstens hinsichtlich des gesetzlichen Vertreters) für die Zulässigkeit einer Analogie ausgesprochen hat. § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. April 1883[28]) bestimmt nämlich: „Ist gegen einen Beschuldigten im Alter von 12 bis 18 Jahren eine Strafverfügung erlassen, so kann binnen der für den Beschuldigten laufenden Frist auch der gesetzliche Vertreter desselben auf gerichtliche Entscheidung antragen."

IV. Zum Schlusse dürfte es interessant sein, noch die Stellung zu beleuchten, welche die Kommission für die Reform des Strafprozesses zu dieser Frage eingenommen hat.

In der 1. Lesung lag der Antrag vor, auf die Erhebung des Einspruchs die §§ 339—342 StPO. Anwendung finden zu lassen. Dieser Antrag wurde angenommen und zwar bezw. des § 340 mit 17 gegen 3 Stimmen. Von der Minderheit war zunächst geltend gemacht worden[29]), daß es theoretisch nicht zu billigen sei, wenn dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne ein Widerruf des in der Annahme des Strafbefehls liegenden Anerkenntnisses seitens des Beschuldigten gestattet werde. Demgegenüber betonte die Mehrheit[30]), daß dieses Bedenken um deswillen nicht stichhaltig sei, weil von einem Anerkenntnisse des Strafanspruchs durch Unterlassung

---

[27]) Löwe S. 904 (Note 3 zu § 451); S. 910 (Note 3 zu § 454); S. 916 (Note 2 zu § 460).

[28]) In der Gesetzsammlung f. d. Königl. Preußischen Staaten, Jahrgang 1883, S. 66.

[29]) Protokolle Bd. I S. 335.

[30]) Protokolle Bd. I S. 336.

zumal bei nicht geschäftsfähigen Personen nicht die Rede sein könne. — Als praktisches Bedenken gab die Minderheit[31]) weiter zur Erwägung, daß eine analoge Anwendung des § 340 StPO. auf den Strafbefehl um deswillen nicht gegeben sein könne, weil die Möglichkeit bestehe, daß der Beschuldigte infolge eines gegen seinen Willen von dem gesetzlichen Vertreter erhobenen Einspruchs vermehrte Kosten und eine härtere Strafe zu tragen habe, und weil in der Praxis auch Fälle vorgekommen seien, in denen ein gesetzlicher Vertreter oder der Ehemann Einspruch erhoben hätte, um eine härtere Bestrafung zu veranlassen oder durch die öffentliche Verhandlung Material zu einem Ehescheidungsprozesse zu sammeln. Die Mehrheit hat demgegenüber darauf hingewiesen[32]), daß die gleichen Erwägungen, die zur Aufstellung des § 340 StPO. geführt hätten, auch beim Einspruche maßgebend seien, und daß sie umsomehr zu dem gleichen Ergebnisse führen müßten, als gerade bei Strafbefehlen mehr als bei Urteilen dem Vertretenen häufig das Verständnis für die Tragweite der Sache mangele. Es genüge nicht, wenn der gesetzliche Vertreter mit Zustimmung des Beschuldigten für diesen Einspruch erheben könne; die dem gesetzlichen Vertreter obliegende Sorge für Wohl und Wehe des Vertretenen mache es vielmehr notwendig, daß er unabhängig vom Willen des Vertretenen zu handeln imstande sei. Wenn auch nicht zu leugnen sei, daß der Beschuldigte dadurch eine härtere Strafe und höhere Kosten zu tragen haben könnte, so müsse doch auf allen Gebieten des Rechtslebens der Vertretene die ungünstigen Folgen einer vom Vertreter vorgenommenen Handlung tragen. Wenn den Beschuldigten auf den Einspruch des gesetzlichen Vertreters hin eine härtere Strafe treffe, die sich nach dem Ergebnisse der Untersuchung als angemessen herausstelle, so liege hierin auch keine Ungerechtigkeit, und ein rechtlicher Anspruch des Beschuldigten darauf, daß eine infolge ungenauer Kenntnis der Sachlage im Strafbefehle ausgesprochene und nach Lage des Falles zu niedrige Strafe nicht erhöht werde, könne nicht anerkannt werden.

Auf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem Strafbescheide und bei der Strafverfügung wurde die analoge Anwendung des § 340 StPO. ebenfalls ausgedehnt, nachdem der Antragsteller darauf hingewiesen hatte, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gleichmäßig mit dem Einspruche zu behandeln sei.[33])

Dieselben Anträge sind dann in der 2. Lesung am 25. Februar 1905 von der Kommission mit 12 : 3 bezw. 13 : 2 Stimmen erneut angenommen worden.[34])

§ 6.

Selbständige Einlegung des Rechtsbehelfs und Einlegung im Namen der beschuldigten Person.

Literatur: v. Kries, Rechtsm., S. 19; Puchelt S. 529; Keller S. 435; Ullmann S. 582 Anm. 4; Binding S. 248; Löwe S. 747.

I. Selbständige Einlegung des Rechtsbehelfs.

1. Macht der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann einer beschuldigten Person von dem Rechtsbehelfe selbständig Gebrauch, so handelt

[31]) Prot. I. S. 335.
[32]) Protokolle Bd. I, S. 336.
[33]) Prot. Bd. I, S. 346.
[34]) Prot. Bd. II, S. 257.

er nicht als Vertreter der Person, sondern kraft eigenen Rechts auf Grund eines mandatum praesumptum.[35]) Er ist an den Willen der beschuldigten Person nicht gebunden und kann also gegen den Willen und auch nach Verzicht der beschuldigten Person auf den Rechtsbehelf von diesem Gebrauch machen.

Da aber anderseits auch der Beschuldigte vom Willen dieser Personen unabhängig ist, so können beide Berechtigte nebeneinander selbständig die Rechtsbehelfe einlegen. Wenn also auch der Beschuldigte bereits den Einspruch eingelegt oder den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt hat, so kann doch der gesetzliche Vertreter neben ihm ebenfalls vom Rechtsbehelfe Gebrauch machen; das Gleiche gilt vom Ehemanne und dessen beschuldigter Frau. In dieser parallelen Berechtigung liegt auch nichts widersinniges, da ja die Möglichkeit besteht, daß der Beschuldigte (die beschuldigte Ehefrau) nachträglich den Einspruch oder den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückzieht, während der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) die Sache entschieden wissen will.

Bevor die für den Rechtsbehelf gegebene Frist nicht abgelaufen ist, kann das Strafmandat nicht rechtskräftig werden. Selbst wenn daher die beschuldigte Person auf den Rechtsbehelf verzichtet oder den bereits eingelegten Einspruch oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgezogen hat, so kann trotzdem eine Rechtskraft des Strafmandats nicht eintreten, denn es besteht immer noch die Möglichkeit, daß der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann innerhalb der gegebenen Frist vom Rechtsbehelfe selbständig Gebrauch machen. Die einzige Ausnahme, daß ein Strafmandat vor Ablauf der für den Rechtsbehelf gegebenen Frist rechtskräftig wird, bildet der Fall, daß beide Berechtigte (der gesetzliche Vertreter und der vertretene Beschuldigte bezw. der Ehemann und die beschuldigte Ehefrau) auf den Rechtsbehelf verzichtet oder den eingelegten Rechtsbehelf zurückgenommen haben. Hier ist die Möglichkeit des ordentlichen Verfahrens ausgeschlossen; denn Verzicht und Zurücknahme sind unwiderruflich, auch wenn sie vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist abgegeben worden sind.[36])

Solange das Strafmandat aber noch nicht rechtskräftig ist, kann auch die beschuldigte Person ihre Geldstrafe noch nicht bezahlen bezw. ihre Freiheitsstrafe noch nicht antreten. Es ist also unzulässig, vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist bezw. vor Verzicht beider Berechtigter z. B. von einer mit einer Strafverfügung bedachten Ehefrau die Geldstrafe anzunehmen, auch wenn sie auf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung verzichtet hat, oder einen wegen Bettelns durch Strafbefehl mit Haft bestraften Minderjährigen zur Verbüßung der Strafe beizuführen, auch wenn er den eingelegten Einspruch zurückgenommen hat.

Das Gleiche gilt beim Strafbefehle auch, wenn sich die beschuldigte Person in Untersuchungshaft befindet. Vor Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls kann die beschuldigte Person die Strafe nicht antreten. Ist also z. B. ein minderjähriger Bettler durch einen Strafbefehl mit einer vierzehntägigen Haftstrafe belegt worden, von der zehn Tage als durch die erlittene Untersuchungshaft verbüßt zu gelten haben, so kann er, auch wenn er sofort auf den Einspruch verzichtet, doch nicht zur Strafverbüßung beigeführt werden, da der Strafbefehl noch nicht rechtskräftig ist. Der

[35]) Kries a. a. O.

[36]) Reichsgericht, Rechtsprech. Bd. I, S. 650.

Beschuldigte ist also wieder in Untersuchungshaft zu bringen, sofern Haftbefehl gegen ihn erlassen war und dieser nicht aufgehoben wird. — Hierin könnte nun eine große Härte liegen, wenn z. B. der Beschuldigte, wie in dem zuletzt angeführten Beispiele, nur noch vier Tage Haft zu verbüßen hätte, trotzdem aber in Ermangelung eines Verzichts des gesetzlichen Vertreters bis zum Ablaufe der Einspruchsfrist, also eine ganze Woche, in Untersuchungshaft bleiben müßte und seine viertägige Haftstrafe erst nach Ablauf der Frist verbüßen dürfte. Um diese Härte zu vermeiden, wird man zu einer analogen Anwendung des § 482 StPO. auf das Verfahren beim Strafbefehle zu gelangen haben. Dieser Paragraph besagt: „Auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist unverkürzt diejenige Untersuchungshaft anzurechnen, welche der Angeklagte erlitten hat, seit er auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat . . . ." Es würde also im vorliegenden Falle, nachdem der Bettler noch vier Tage in der Untersuchungshaft zugebracht hat, der Haftbefehl aufzuheben und der Bettler zu entlassen sein, wenn auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß sein gesetzlicher Vertreter noch Einspruch einlegt und der Beschuldigte vielleicht vom Schöffengerichte zu einer härteren als der im Strafbefehle ausgesprochenen Strafe verurteilt wird.

2. Die Unabhängigkeit des Rechts des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns zum selbständigen Gebrauche der Rechtsbehelfe erleidet jedoch folgende Einschränkungen: Das selbständige Recht dieser Personen erlischt, wenn die beschuldigte Person stirbt, weil dann die Strafklage erlischt und das Strafverfahren dadurch seine Erledigung findet.[37]) Das selbständige Recht erlischt ferner in dem Falle, wenn der gesetzliche Vertreter seine Vertretereigenschaft und der Ehemann seine Ehemannseigenschaft verliert, weil er dann aus der Reihe der vom Gesetze privilegierten Personen ausgeschieden ist.

II. Einlegung des Rechtsbehelfs im Namen der beschuldigten Person.

Will der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann nicht kraft eigenen Rechtes, sondern als Vertreter der beschuldigten Person von dem Rechtsbehelfe Gebrauch machen, so kann er dies nur, wenn er hierzu ermächtigt ist.[38]) Er muß dies auch dem Gerichte bezw. der Verwaltungsbehörde gegenüber zum Ausdrucke bringen, daß er namens der beschuldigten Person den Rechtsbehelf einlegt, also als Stellvertreter handelt. In diesem Falle ist er auch verpflichtet, eine Vollmacht beizubringen. Daß die Vollmacht innerhalb der für den Rechtsbehlf gegebenen Frist beigebracht werden müsse, widrigenfalls die Rechtsbehelfsfrist als versäumt anzusehen sei, hatte das Reichsgericht in früheren Entscheidungen bei den Rechtsmitteln angenommen.[39]) Derselben Ansicht ist Keller a. a. O. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Für die Befugnis des gesetzlichen Vertreters oder des Ehemanns zum Rechtsbehelfsgebrauche in Vertretung der beschuldigten Person ist lediglich der Umstand maßgebend, daß der Vertreter innerhalb der gesetzlichen Einlegungsfrist zu seinem Handeln auch bevollmächtigt war; daß die Wirksamkeit der Handlung einer rechtzeitig bevollmächtigten Person davon abhängen sollte, daß sie auch innerhalb der Einlegungsfrist die Vollmacht bei Gericht einreichen müsse, läßt

---

[37]) Löwe S. 456.
[38]) O. L. G. München Bd. II S. 271, III S. 3, VIII S. 287.
[39]) Reichsgericht Rechtspr. Bd. III S. 175, S. 602.

sich aus dem Gesetze nicht rechtfertigen. In einer neueren Entscheidung[40]) hat auch das Reichsgericht seinen ursprünglich vertretenen Standpunkt verlassen.

Zweifelhaft könnte die Frage erscheinen, wie es aufzufassen sei, wenn der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann „für" die beschuldigte Person vom Rechtsbehelfe Gebrauch macht. In diesem Falle könnte es sich fragen, ob der Berechtigte im Namen, d. h. in Stellvertretung der beschuldigten Person oder „zu deren Gunsten", d. h. im eigenen Namen kraft eigenen Rechts, den Rechtsbehelf einlegen will, da aus dem Wortlaute beide Möglichkeiten herauszulesen sind. Die letztere Auslegung dürfte den Vorzug verdienen, da sie die der Zulassung des Rechtsbehelfs günstigere ist.[41])

§ 7.

Die Form der selbständigen Einlegung des Rechtsbehelfs.

Literatur: v. Schwarze Er. I. S. 12 ff.; Birkmeyer S. 771, 777, 782; Friedländer in Dochow Bd. 18. S. 672; Binding S. 253; Löwe S. 747 f.

I. Strafbefehl. Über die Form, in der ein Einspruch, also auch der des gesetzlichen Vertreters oder Ehemanns einer beschuldigten Person, einzulegen ist, bestimmt § 449 StPO., der Einspruch sei zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich zu erheben. Etwas weiteres ist über Inhalt und Form des Einspruchs nicht vorgeschrieben, insbesondere bedarf es nicht etwa wie beim Antrage auf gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 170 StPO. der Vollziehung des Einspruchs durch einen Rechtsanwalt.

Unter der Einlegung „zu Protokoll des Gerichtsschreibers" ist die beim zuständigen Gerichtsschreiber angebrachte mündliche Erklärung des gesetzlichen Vertreters (des Ehemanns) zu verstehen, daß er gegen den Strafbefehl Einspruch erhebe. Der Gerichtsschreiber beurkundet diese Erklärung durch ein Protokoll.

Im Falle einer schriftlichen Einspruchseinlegung wird man an das Schriftstück folgende Erfordernisse stellen müssen: es muß aus ihm unzweifelhaft hervorgehen

a) welche Person Einspruch einlegt,
b) daß sie Einspruch einlegt und
c) gegen welchen Strafbefehl sie Einspruch einlegt.

Zu a). Es ist nicht erforderlich, daß der gesetzliche Vertreter bezw. der Ehemann das den Einspruch enthaltende Schriftstück eigenhändig geschrieben oder unterschrieben hat, wenn sich nur in irgend einer Weise aus dem Schriftstücke — ein solches muß aber vorliegen — zweifellos ergibt, wer Einspruch einlegt. Im gleichen Sinne hat sich das Reichsgericht[42]) über die Erfordernisse einer Revisionseinlegung ausgesprochen, über die im § 381 Abs. 1 StPO. dasselbe bestimmt ist, wie in § 449 des a. G. hinsichtlich des Strafbefehls. In dem vom Reichsgerichte gewürdigten Falle hatte ein Gefangen-Oberaufseher ein von ihm unterschriebenes und rechtzeitig an das Gericht abgegebenes Protokoll aufgenommen, in-

[40]) Reichsgericht, Entsch. Bd. XXI S. 126 ff.
[41]) So auch Reichsgericht (Entsch. Bd. XXI, S. 336) bez. der Rechtsmittel.
[42]) Entsch. Bd. XVII S. 256.

Digitized by Google

halts dessen ein aus der Haft vorgeführter Untersuchungsgefangener mosaischen Bekenntnisses die Revision einzulegen erklärt, des Sabbats wegen aber die Unterschrift verweigert. — Ein vom gesetzlichen Vertreter (vom Ehemanne) telegraphisch erhobener Einspruch wird dem schriftlich erhobenen gleichzustellen sein.[43])

Zu b). Es ist weiterhin auch nicht erforderlich, daß das Schriftstück das Wort „Einspruch" in irgend einer Weise enthält. Die Einlegung des Rechtsbehelfs ist ebensowenig ein Formalakt, wie die Einlegung des Rechtsmittels. Es genügt inhaltlich die schriftliche, auf eine gerichtliche Behandlung der Sache abzielende erkennbare unbedingte Willensäußerung oder mit Bindung S. 253 zu reden: jede ausdrückliche, unbedingte Erklärung, die zweifellos den Willen erkennen läßt, sich bei der ergangenen Entscheidung nicht zu beruhigen. Eine solche Erklärung wird aber schon aus den Worten: „Ich, Walter Schulze in Y., widerspreche dem gegen meinen Sohn Max erlassenen Strafbefehle," herauszulesen sein. — § 342 StPO. findet überdies auch hier analoge Anwendung: ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsbehelfs ist unschädlich.

Wird der Einspruch vom gesetzlichen Vertreter (vom Ehemanne) nur beschränkt gegen die Höhe der Strafe erhoben, so wird er zu Gunsten des Antragstellers als unbeschränkt erhoben anzusehen sein, da der Wille des gesetzlichen Vertreters (des Ehemanns) doch darauf gerichtet ist, diesen Strafbefehl nicht anzuerkennen, sondern ihn zu stürzen.[44])

Zu c). Schließlich muß auch aus dem Schriftstücke noch hervorgehen, welche Entscheidung angefochten werden soll. Es ist nicht nötig, daß der angefochtene Strafbefehl nach Datum oder Aktenzeichen genau bezeichnet wird, sofern nur das Schriftstück keinen Zweifel darüber zuläßt, welcher Strafbefehl gemeint ist. So wird es z. B. bei einem Amtsgerichte, bei dem die Zahl der jährlich erlassenen Strafbefehle gering ist, genügen, wenn der Antragsteller wie in dem oben angeführten Beispiele erklärt: „Ich . . . . . . lege gegen den gegen meinen Sohn Max Schulze erlassenen Strafbefehl Widerspruch ein", sofern festgestellt wird, daß gegen eine Person namens Max Schulze von dem Amtsgerichte in der fraglichen Zeit nur ein Strafbefehl erlassen worden ist, und sich so die Identität des erlassenen und des angefochtenen Strafbefehls ergibt.

Das über die Einlegung des Rechtsbehelfs gesagte gilt analog auch für die Zurücknahme des Einspruchs und den Verzicht auf den Einspruch seitens des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns. Auch hier genügt die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder die schriftliche Erklärung. Zurücknahme und Verzicht müssen aber ausdrücklich erklärt sein, wenn auch das Wort „Verzicht" oder „Zurücknahme" nicht notwendigerweise in dem Schriftstücke enthalten zu sein brauchen.

II. Strafverfügung und Strafbescheid.

Bei diesen beiden Arten des Mandatsverfahrens sind in der Strafprozeßordnung betreffs der Form des Widerspruchs noch freiere Bestimmungen getroffen als beim Einspruche gegen den Strafbefehl. § 454 bestimmt, daß bei der Strafverfügung abgesehen von dem beim Amtsgerichte schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen-

[43]) vgl. hinsichtl. der Rechtsmittel Binding S. 253; Reichsger. Rechtsspr. V. S. 160; Entsch. IX. S. 38, 99.

[44]) So auch Friedländer a. a. O., der in diesem Falle aber eine Belehrung des Antragstellers für erforderlich hält, die sich aus dem Gesetze nicht rechtfertigen läßt.

Digitized by Google

den Antrag auf gerichtliche Entscheidung — für welchen das über den Einspruch oben gesagte analog gilt — dieser Antrag auch bei der Polizeibehörde schriftlich oder mündlich angebracht werden kann. Hinsichtlich des Strafbescheids ist in § 459 StPO. angeordnet, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Verwaltungsbehörde, die den Strafbescheid erlassen hat, oder bei derjenigen, die ihn bekannt gemacht hat, anzubringen sei.[45])

Bei diesen beiden Mandaten tritt zur Möglichkeit der schriftlichen Antragsstellung bei der Verwaltungsbehörde noch die der mündlichen Antragstellung hinzu. Wenn auch der mündlich gestellte Antrag[46]) von der Behörde zwecks Beurkundung des Tages der Anbringung protokollarisch festgelegt werden wird, so ist doch zur Gültigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung diese schriftliche Fixierung nicht erforderlich.

§ 8.

Die Vorführung der beschuldigten Person.

Literatur: Thilo S. 499; Geyer S. 793; Hahn I. S. 1121 f.; Keller S. 483; Löwe S. 905.

Die Frage, ob der Beschuldigte bez. die beschuldigte Ehefrau beim Ausbleiben trotz Ladung zur Hauptverhandlung zwangsweise vorgeführt werden darf, wenn der gesetzliche Vertreter bz. der Ehemann selbständig den Rechtsbehelf eingelegt hat, könnte zweifelhaft erscheinen, wenn man die Beratungen der Reichstagskommission zu § 379 des Entwurfs — § 451 StPO. — in Betracht zieht.[47])

In der 79. Sitzung hatte der Abgeordnete Dr. Grimm bei Gelegenheit der Beratung dieses Paragraphen beantragt, folgenden Passus beizufügen: „Auf Anordnung des Gerichts hat der Angeklagte persönlich zu erscheinen“, und hatte zur Begründung seines Antrags angeführt: „Der Absatz 3 des § 379 des Entwurfs (d. i. Abs. 2 § 451 StPO., wonach dem Beschuldigten gestattet wird, sich in der Hauptverhandlung durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten zu lassen) stehe mit §§ 196, 199 des Entwurfs (d. i. §§ 232, 235 StPO.) im Widerspruch. Hier sei die Erscheinungspflicht des Angeklagten konstatiert: nur ausnahmsweise könne ihm gestattet werden, fortzubleiben. Im Interesse der Wahrheitserforschung könne seine Anwesenheit auch im Falle des § 379 (451 StPO). notwendig sein, und es sei ferner das leichtsinnige Erheben des Widerspruchs zu befürchten, wenn der Angeklagte wisse, daß er seinen Widerspruch nicht persönlich vor Gericht zu vertreten brauche. Wenn man ihm daher in der Regel auch das Fortbleiben gestatten wolle, müsse das Gericht doch die

[45]) Ein bei dem Amtsgerichte sei es schriftlich sei es zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebrachter Antrag auf gerichtliche Entscheidung wird als unzulässig verworfen werden müssen, doch dürfte er für zulässig erachtet werden können, wenn er an die Verwaltungsbehörde weitergegeben wird und bei ihr noch innerhalb der einwöchigen Antragsfrist eingeht.

[46]) Für den bei der Behörde schriftlich gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung gelten die gleichen Voraussetzungen, die bereits bei der schriftlichen Einspruchseinlegung erörtert worden sind. Das Landgericht II Berlin (Entscheidung vom 15. September 1905, zitiert in Warneyers Jahrbuch S. 192) geht zu weit, wenn es bei einem schriftlich gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung die eigenhändige Unterschrift des Antragstellers erfordert, und die Unterzeichnung durch einen hierzu bevollmächtigten Dritten für unzulässig hält, da ja eine mündliche Antragstellung bereits genügt.

[47]) Bei Hahn I. a. a. O.

Digitized by Google

Befugnis haben, seine Anwesenheit in Ausnahmefällen zu verlangen." Der Vertreter des Reichskanzleramts (v. Amsberg) hatte hierauf entgegnet: „Das Bedürfnis, den Angeklagten selbst zu sehen, werde sich hier nicht herausstellen; man habe dem nicht freiwillig erscheinenden Publikum den unnötigen Weg aufs Gericht sparen wollen." Hierauf war der Zusatzantrag Grimms, ohne daß eine weitere Erörterung der Frage stattgefunden hatte, abgelehnt worden. — Gestützt auf die Ablehnung dieses Antrages hat nun Thilo a. a. O. die Behauptung aufgestellt, daß beim Strafbefehle (und analog wohl auch bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide) ein persönliches Erscheinen des vertretenen Angeklagten nicht erzwungen werden könne, daß vielmehr hier eine Durchbrechung des in § 235 StPO. aufgestellten Prinzips stattfinde, wonach das Gericht jederzeit befugt ist, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen und es eventuell durch Vorführungsbefehl oder Haftbefehl zu erzwingen.

Überträgt man diese Erwägungen auf den Fall, wo der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) selbständig und unabhängig vom Willen, ja vielleicht wider den Willen des Beschuldigten (der beschuldigten Ehefrau) den Rechtsbehelf eingelegt hat, so wird Thilo folgerichtig auch hier dem Gerichte die Befugnisse des § 235 StPO. absprechen müssen. Dies würde aber ebenso unrichtig sein, wie die von ihm zuerst aufgestellte Behauptung. Mit Recht hebt Löwe a. a. O. hervor, daß dem ablehnenden Beschlusse der Reichstagskommission ein maßgebendes Recht bei der Auslegung des Gesetzes nicht zugesprochen werden könne. Damit wird aber der einzige Grund, auf den Thilo seine Behauptung stützt, hinfällig. Der § 235 StPO. ist eine für die Hauptverhandlungen erster Instanz allgemein geltende Regel und ist gegeben aus dem Gedanken heraus, daß die materielle Wahrheit soweit als möglich zu ermitteln sei, und daß deshalb die Anwesenheit des Angeklagten bei der Hauptverhandlung und die Möglichkeit seiner Befragung erforderlich sein könne. In Ermangelung einer bei §§ 451, 457 und 462 StPO. gegebenen Ausnahmebestimmung hat diese Regel auch bei den Strafmandaten Anwendung zu finden, gleichgiltig, ob die beschuldigte Person selbst den Rechtsbehelf eingelegt hat und sich von einem Verteidiger vertreten läßt oder ob der gesetzliche Vertreter bezw. der Ehemann vom Rechtsbehelfe selbstständig Gebrauch gemacht hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß in § 427 Abs. 3 StPO. beim Privatklageverfahren die Bestimmung des § 235 nochmals ausdrücklich wiederholt ist. Die Wiederholung ist hier wohl um deswillen erfolgt, weil es sich bei der Erhebung der Privatklage in erster Linie um das Interesse des Beleidigten, nicht wie bei den Strafmandatsverfahren um ein öffentliches Interesse handelt, und der Gesetzgeber, um allen Zweifeln vorzubeugen, zum Ausdrucke bringen wollte, daß das in § 235 StPO. ausgesprochene Prinzip trotzdem auch beim Privatklageverfahren Anwendung finden sollte.

Wird sonach die oben gestellte Frage zu bejahen sein, so wird man auch zu einer analogen Anwendung des § 371 StPO. auf das Mandatsverfahren zu gelangen haben. Dieser Paragraph bestimmt nämlich: „Ist von einer der in § 340 bezeichneten Personen die Berufung eingelegt worden, so hat das Gericht (außer den gesetzlichen Vertreter bz. den Ehemann) auch den Angeklagten zu der Hauptverhandlung vorzuladen und kann ihn bei seinem Ausbleiben zu derselben zwangsweise vorführen lassen". Diese Vorschrift ist ebenso wie die in § 235 StPO. getroffene im Interesse der Wahrheitsermittlung aufgestellt worden, und aus diesem

Digitized by Google

Grunde wird sie auch dann Anwendung zu finden haben, wenn die in § 340 StPO. bezeichneten Personen selbständig vom Rechtsbehlfe des Mandatsverfahrens Gebrauch gemacht haben.

§ 9.

Die Möglichkeit einer reformatio in peius.

Literatur: Bennecke S. 679; Stenglein S. 646; Löwe S. 904.

Wie schon oben des nähern dargetan worden ist, erklärt sich die Möglichkeit einer reformatio in peius im ordentlichen Verfahren oder richtiger ausgedrückt: die Möglichkeit der Statuierung einer härteren als der im Strafmandate fixierten Strafe aus dem besonderen Charakter der Rechtsbehelfe, die ohne weiteres das Mandatsverfahren außer Gang setzen und an dessen Stelle das ordentliche Verfahren treten lassen, in dem die Sache von Grund aus völlig durchverhandelt wird. Es wird dann ein Urteil gefällt, das sich nur auf den Ergebnissen dieser Hauptverhandlung aufbaut und das frühere Mandatsverfahren garnicht kennt.[48]) Es ist bei dieser besonderen Natur der Rechtsbehelfe völlig gleichgiltig, ob die beschuldigte Person selbst oder ob ihr gesetzlicher Vertreter oder Ehemann vom Rechtsbehelfe Gebrauch gemacht haben, die Wirkung des Rechtsbehelfs bleibt vollkommen dieselbe.

Von verschiedener Seite ist nun dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne wegen dieser Möglichkeit einer sog. reformatio in peins und der dadurch angeblich gegebenen Unbilligkeit und Ungerechtigkeit das selbständige Widerspruchsrecht gegen die Strafmandate abgesprochen worden. Hierzu wird auf die Ausführungen in § 5 verwiesen.

Es soll hier nur noch ausdrücklich den Ausführungen Löwes entgegengetreten werden, der a. a. O. dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehe manne ein selbständiges Einspruchs- bezw. Antragsrecht zubilligt, des weiteren aber beim Einspruche gegen den Strafbefehl ausführt: „Die Lage des Beschuldigten darf freilich durch einen Einspruch, den er nicht selbst erhoben hat, nicht verschlechtert werden; es muß hier, abweichend von der Bestimmung des § 451 Abs. 3 StrPO., eine Verschärfung der in dem Strafbefehle festgesetzten Strafe für unstatthaft erachtet werden." Eine derartige Abweichung, durch die den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens Rechtsmitteleigenschaften zugesprochen werden, läßt sich gesetzlich durch nichts rechtfertigen, sie steht vielmehr im direkten Widerspruche zum Gesetze, in dem ausdrücklich die Möglichkeit der Verhängung einer härteren Strafe statuiert wird (§ 451 Abs. 3, § 457 Abs. 3 StPO.).[49]) Bezüglich des Strafbescheids ist im Gesetze zwar keine derartige ausdrückliche Bestimmung getroffen, jedoch ist auch hier zufolge des besonderen Charakters des Rechtsbehelfs das Gericht an die Strafhöhe des Bescheids nicht gebunden. (So auch Reichsgericht: Entsch. Bd. VII. S. 220.)

---

[48]) Von einer reformatio in peius im technischen Sinne kann sonach garnicht gesprochen werden, da ja ein Eingehen auf die Strafe des Mandats und sonach eine Reformierung derselben garnicht stattfindet.

[49]) So auch Bennecke und Stenglein a. a. O.

§ 10.

Kostenfragen.

Literatur: v. Schwarze Kom. S. 589; Mewes S. 400 Anm. 12; Pucheit S. 770; Ullmann S. 565; Stenglein S. 646; Levis in Dochow Bd. 19 S. 353; Friedenreich S. 67 f.; Pfafferoth S. 271; Kommission f. Strafproz.-Reform Prot. I S. 335; Leisering in D. J. Z. XI. S. 817; Willwoll D. J. Z. XI. S. 1085; Warneyer S. 192; Löwe S. 904.

Die Frage, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn der gesetzliche Vertreter oder der Ehemann von einem Rechtsbehelfe selbständig Gebrauch gemacht haben, läßt sich am besten an der Hand der einzelnen möglichen Fälle erörtern, die ihrerseits in zwei Hauptgruppen zerfallen. Die erste Gruppe bilden die Fälle, in denen der vom gesetzlichen Vertreter oder vom Ehemanne eingelegte Rechtsbehelf Erfolg hat oder in denen es aus einem anderen Grunde nicht zur Verurteilung des Beschuldigten kommt; in der zweiten Gruppe sind die Fälle zu erörtern, in denen der Rechtsbehelf erfolglos bleibt.

I. § 497 StPO. bestimmt: „Die Kosten, mit Einschluß der durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage und die Strafvollstreckung entstandenen, hat der Angeklagte zu tragen, wenn er zu Strafe verurteilt wird." Hieraus folgt, daß der Angeklagte dann keine Kosten zu tragen hat, wenn er infolge des vom gesetzlichen Vertreter (vom Ehemanne) eingelegten Rechtsbehelfs zu Strafe nicht verurteilt wird. Die entstandenen Kosten sind in diesem Falle der Staatskasse aufzuerlegen.

1. Der Regelfall dieser Gruppe ist die im ordentlichen Verfahren erfolgte Freisprechung der beschuldigten Person, die sowohl letztere als deren gesetzlichen Vertreter (Ehemann) von der Kostenpflicht befreit.

Nur in einem Falle können auch dem freigesprochenen Angeklagten Kosten auferlegt werden, dann nämlich, wenn er solche durch schuldbare Versäumnis verursacht hat, wenn z. B. sein persönliches Erscheinen zur Hauptverhandlung angeordnet war und bei seinem unentschuldigten Nichterscheinen die Hauptverhandlung unterbrochen bezw. ausgesetzt worden ist. Jedoch nur bei schuldhafter Versäumnis kann der Angeklagte kostenpflichtig werden, nicht auch bei einer anderen schuldhaften Handlung, so z. B. nicht, wenn er durch Stellung frivoler Beweisanträge besondere Kosten verursacht hatte.[50]) Die Kostenfrage ist in der Entscheidung zu regeln, die über die Pflicht zur Kostentragung überhaupt Bestimmung trifft (§ 496 Abs. I StPO.), eine nachträgliche Entscheidung kann nur noch über die Höhe der Kosten ergehen.[51])

Da zu den Kosten im Sinne der Strafprozeßordnung nur die Gerichtskosten gerechnet werden, und es angemessen erscheinen kann, dem Angeklagten in besonderen Fällen die ihm erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten, bestimmt § 499 Abs. 2 StPO., daß nach Ermessen des Gerichts die dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden können. Diese Bestimmung wird auch auf die Möglichkeit einer Erstattung der dem gesetzlichen Vertreter oder Ehemann durch den selbständigen Gebrauch des Rechtsbehelfs erwachsenen notwendigen Auslagen Anwendung zu finden haben, wenn dies auch nicht ausdrücklich im Gesetze bestimmt ist. Es liegt hier aber offenbar, wie das Reichsgericht[52]) hinsichtlich der Rechtsmittel hervorhebt, eine

[50]) und [51]) Löwe S. 959 f.
[52]) Entscheidung vom 24. Jan. 1906 in der Jur. Wochenschrift Bd. 25 S. 510.

Digitized by Google

Lücke des Gesetzes vor, die durch eine Auslegung in dessen Geiste ausgefüllt werden darf.

2. Befreit von einer Kostenpflicht sind die beschuldigte Person und ihr gesetzlicher Vertreter (Ehemann) weiterhin, wenn auf den von letzterem eingelegten Rechtsbehelf hin die Staatsanwaltschaft beim Strafbefehle die Klage fallen läßt (451 StPO.) oder die Verwaltungsbehörde die Strafverfügung bezw. den Strafbescheid zurücknimmt (§ 454 Abs. 2, § 460 StPO.). Die Staatsanwaltschaft erklärt durch das Fallenlassen der Klage und die Verwaltungsbehörde durch die Zurücknahme des Strafmandats[53]), daß sie die darin erhobene Beschuldigung nicht mehr aufrechterhalten kann oder will. Die entstandenen Kosten sind auch in diesem Falle auf die Staatskasse zu übernehmen.

3. Unter diese Gruppe gehört ferner ein bei der Strafverfügung möglicher Fall: In der vom gesetzlichen Vertreter oder vom Ehemann herbeigeführten Hauptverhandlung stellt sich die Tat des Angeklagten als eine solche dar, bei der die Polizeibehörde zur Strafverfügung nicht befugt war. In diesem Falle hat das Gericht die Strafverfügung aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Da jedoch über die Kostenfrage nach § 496 StPO. eine Entscheidung zu treffen ist, so fragt es sich, wie es sich hier mit der Kostenpflicht verhält. M. E. sind die entstandenen Kosten unbedingt der Staatskasse aufzuerlegen. Da sich jede Beurteilung durch eine unzuständige Behörde als eine Rechtsverletzung im Sinne von § 377 Z. 4 StPO. darstellt, so wäre es unbillig, der beschuldigten Person die Kosten aufzuerlegen, die dadurch entstanden sind, daß sie bezw. ihr gesetzlicher Vertreter (Ehemann) Vorkehrungen zur Hebung der Rechtsverletzung getroffen haben.[54])

4. Die Fälle, in denen es infolge eines anderen Grundes zu keiner Verurteilung kommt: Verfügt das Gericht gemäß § 203 StPO. die vorläufige Einstellung des Verfahrens, weil die beschuldigte Person nach Begehung der Tat in Geisteskrankheit verfallen ist oder weil ihr Aufenthalt nach Einlegung des Rechtsbehelfs unbekannt geworden ist, so daß ihr die Ladung zur Hauptverhandlung nicht zugestellt werden kann[55]), so sind die erwachsenen Kosten vorläufig der Staatskasse aufzuerlegen. Eine endgültige Entscheidung über die Kostenfrage ist zunächst nicht möglich, da weder die Schuld noch die Unschuld des Beschuldigten rechtskräftig feststeht. Wird später der Aufenthalt des Beschuldigten bekannt oder erlangt der Geisteskranke seine Gesundheit wieder, so wird das Verfahren fortgestellt und die endgültige Regelung der Kostenfrage erfolgt in dem Urteile je nach

[53]) Bestritten ist die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte die Verwaltungsbehörde die Strafverfügung und den Strafbescheid zurücknehmen darf. Puchelt und Levis a. a. O. billigen der Behörde das Recht zu, bis zur Anberaumung des Hauptverhandlungstermins Strafverfügung und Strafbescheid zurückzunehmen. Dies ist zu weitgehend. Sobald die Akten an die Staatsanwaltschaft übersandt sind, scheidet die Behörde aus dem Verfahren aus, wie sich ohne weiteres aus dem Wortlaute des Gesetzes ergibt, und es ist deshalb eine Mitwirkung der Verwaltungsbehörde nach diesem Zeitpunkte ausgeschlossen. (So v. Schwarze S. 589; Ullmann S. 565; Löwe S. 910 Note 6a und S. 916 Note 2.)

[54]) So Willwoll a. a. O.; anderer Ansicht Leisering a. a. O., der die Kosten der Staatskasse nur unter dem Vorbehalte einer anderweiten, durch das in der Sache selbst erkennende Gericht zu treffenden Entscheidung auferlegt wissen will und so die Möglichkeit bejaht, in einem neuen Verfahren der beschuldigten Person auch die Kosten des früheren Verfahrens aufzuerlegen. Dies wäre aber eine Unbilligkeit, wie oben ausgeführt ist, und durch nichts gerechtfertigt.

[55]) Zu vergleichen § 8 der Abhandlung, letzter Absatz.

dessen Ausfall. — Stirbt der Beschuldigte, so findet das Strafverfahren infolge Erlöschens der Strafklage seine Erledigung, ohne daß es eines Einstellungsbeschlusses bedarf.[56]) Die entstandenen Kosten trägt die Staatskasse.

II. Die Erfolglosigkeit eines vom gesetzlichen Vertreter oder Ehemanne eingelegten Rechtsbehelfs kann in zweierlei seinen Grund haben: a) das Strafmandat wird rechtskräftig oder b) es ergeht im ordentlichen Verfahren ein auf Strafe lautendes Urteil.

a) Im ersteren Falle können folgende Möglichkeiten vorliegen:

1. der Rechtsbehelf des gesetzlichen Vertreters (des Ehemanns) wird wegen verspäteter Einlegung oder Einlegung bei der falschen Behörde zurückgewiesen,

2. der Rechtsbehelf wird vom gesetzlichen Vertreter (vom Ehemanne) zurückgenommen,

3. der Einspruch wird gemäß § 452 StPO. verworfen.

Zu 1. Der gesetzliche Vertreter und der Ehemann handeln kraft eigenen Rechtes. Legen sie den Rechtsbehelf zu spät oder bei der falschen Behörde[57]) ein, und erfahren sie aus diesem Grunde eine Zurückweisung ihres Rechtsbehelfs, so haben sie die dadurch entstandenen Kosten zu tragen, da sie dieselben allein verursacht haben. (Über die von ihnen zu erhebende Gebühr: § 66 Z. 4 GKG.).

Zu 2. Der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) hat den Rechtsbehelf unabhängig vom Willen der beschuldigten Person eingelegt, er hat selbständig dadurch das ordentliche Verfahren in Gang gesetzt, und auf seine Veranlassung hin sind die zur Hauptverhandlung nötigen Zeugen und Sachverständigen geladen worden. Nimmt der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) nun ebenso selbständig den Rechtsbehelf wieder zurück, so hat er die bisher und zwar lediglich auf seine Veranlassung hin entstandenen Kosten zu tragen. Es wäre unbillig, wollte man in diesem Falle der beschuldigten Person diese Kosten aufbürden, die durch ein völlig unabhängig von ihrem Willen, ja vielleicht wider ihren Willen angestrengtes und außer Kraft gesetztes Verfahren entstanden sind. Man wird hier zu einer analogen Anwendung des § 505 StPO. zu gelangen haben, insoweit er besagt: „Die Kosten eines zurückgenommenen Rechtsmittels treffen denjenigen, der dasselbe eingelegt hat." (Die im Falle der Zurücknahme des Einspruchs oder Antrags auf gerichtliche Entscheidung zu erhebende Gebühr wird aus § 76 i. V. mit § 66 Z. GKG. zu berechnen sein; sie beträgt $^{3}/_{100}$ der auf Grund von § 62 GKG. zu berechnenden Gebühr.)

Zu 3. Erscheint in dem auf den Einspruch des gesetzlichen Vertreters (des Ehemanns) hin anberaumten Termine entweder der Einspruchserheber oder die beschuldigte Person, so findet die Hauptverhandlung statt[58]), und die Entscheidung wegen der Kosten richtet sich danach, ob das Urteil auf Freisprechung oder Verurteilung der beschuldigten Person lautet.[59]) — Erscheint aber weder der Einspruchserheber noch die beschuldigte Person, und liegt auch nicht eine Entbindung der letzteren von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen gemäß § *232* StPO. vor,

[56]) Löwe S. 456 Note 27a.

[57]) Z. B. beim Strafbescheide den Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim Amtsgerichte (459 St. P. O.); cf. Löwe 904 (Note 1 zu § 451.

[58]) Bleyer bei Warneyer a.a. O.

[59]) Hierzu cf. I. 1. und II. b dieses Paragraphen.

so ist der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil zu verwerfen (§ 452 StPO.). Beim Fernbleiben beider Personen wird nicht etwa angenommen, daß der Einspruchserheber bezw. die beschuldigte Person die im Strafbefehle behaupteten Tatsachen nunmehr eingestehen will, sondern es wird präsumiert, daß der Antragsteller seinen Einspruch zurückgezogen wissen will. Es findet also der Einspruch in derselben Weise seine Erledigung wie bei einer Zurücknahme. Die Frage nach der Kostenpflicht wird demnach in der gleichen Weise zu beantworten sein wie dort. Auch hier hat der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) die durch seinen Einspruch verursachten Kosten allein zu tragen.[60]) (Hinsichtlich der Gerichtsgebühr bestimmt § 62 Abs. 2 GKG., daß in diesem Falle für das gesamte Verfahren $^4/_{10}$ der im § 62 des a. G. normierten Sätze zu erheben sind.)[61])

Ergeht in dem vom gesetzlichen Vertreter (vom Ehemanne) herbeigeführten Verfahren ein auf Strafe lautendes Urteil, das eine höhere, gleiche oder niedrigere Strafe festsetzt, als die des Mandats, so könnte man zunächst an eine analoge Anwendung des § 505 StPO. denken, insoweit er bestimmt: „Die Kosten . . . . eines erfolglos eingelegten Rechtsmittels treffen den Antragsteller. Hatte das Rechtsmittel einen teilweisen Erfolg, so kann das Gericht die Kosten angemessen (auf die Staatskasse und den Angeklagten) verteilen." Zu diesem Ergebnisse gelangen auch Stenglein[62]) und Löwe[63]), jedoch mit Unrecht. § 505 StPO. kann in diesem Falle keine Anwendung finden. Wie schon des öfteren hervorgehoben worden ist, besteht der einschneidende Unterschied zwischen den Rechtsmitteln des ordentlichen und den Rechtsbehelfen des Mandatsverfahrens darin, daß mit dem Rechtsmittel die betreffende Entscheidung zwecks Aufhebung oder Abänderung angegriffen wird, während mit dem Rechtsbehelfe die angefochtene Entscheidung sofort außer Kraft gesetzt und gestürzt wird. Das Gericht entscheidet nicht über die Aufhebung oder Abänderung der im Strafmandate festgesetzten Strafe, sondern als erste Instanz. Das Strafmandat gilt als nicht mehr vorhanden und bildet weder für die Hauptverhandlung (soweit es nicht den Eröffnungsbeschluß vertritt) noch für das Urteil eine Grundlage, das Gericht urteilt vielmehr lediglich auf Grund der mündlichen Verhandlung genau so, als wenn niemals ein Strafmandat ergangen wäre. In diesem Falle kann man also auch von einer „Erfolglosigkeit" oder einem „teilweisen Erfolge" des eingewendeten Rechtsbehelfs nicht reden, da der angestrebte und erreichbare Erfolg des Rechtsbehelfs lediglich die Außerkraftsetzung des Mandats und Herbeiführung des ordentlichen Verfahrens ist. Kann aber sonach § 505 StPO. keine analoge Anwendung finden, so sind die Kosten in Ermangelung besonderer Bestimmungen nach § 497 Abs. 1 StPO. in diesem Falle der be-

[60]) So auch Bleyer bei Warneyer a. a. O.

[61]) Bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide findet im Gegensatze zum Strafbefehle eine Hauptverhandlung auch dann statt, wenn weder der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) noch die beschuldigte Person im Hauptverhandlungstermine erscheint. Es finden hier in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung die allgemeinen Regeln der §§ 231 ff. St. P. O. Anwendung, d. h. das ordentliche Verfahren wird trotz der Abwesenheit des Antragstellers und der beschuldigten Person durchgeführt und ein auf das Ergebnis der Hauptverhandlung gegründetes Urteil gefällt, das entweder eine Verurteilung oder eine Freisprechung enthält.

[62]) Stenglein S. 646.

[63]) Löwe S. 904 (Note 3 zu § 451, am Ende).

Digitized by Google

schuldigten Person aufzuerlegen.[64]) (Wegen der Gerichtsgebühr vgl. § 62 GKG.)

§ 11.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der für den Rechtsbehelf gegebenen Frist.

Literatur: v. Schwarze Komm. S. 164 f., 492; Thilo S. 43 f; Bomhard S. 32; Geyer S. 454 ff.; Holtzendorffs Hdbch. I., S. 182 ff.; Puchelt S. 530; Wieding a. a. O. S. 1330 f.; Hahn I. S. 580 ff., II. S. 1391 f.; Isenbarth S. 111; Keller S. 48; John I., S. 440 f.; Glaser II., S. 255 f.; Rintelen S. 270, 287; v. Kries Lehrb. S. 457 ff.; Bennecke S. 433; Binding S. 183 f.; Löwe S. 275 ff.

I. Ehe die Frage beantwortet werden wird, ob und inwieweit dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne bei Versäumung der Rechtsbehelfsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden darf, soll zunächst kurz das Wesen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand selbst beleuchtet werden.

Wie im Zivilprozesse, so sind auch im Strafprozesse im Interesse des Zweeks des Strafverfahrens sowie des Beschuldigten bestimmte Fristen festgesetzt, innerhalb deren eine prozessuale Handlung bei Vermeidung ihrer Ausschließung vorzunehmen ist. Um die Härte einer solchen Präklusivfrist bei unverschuldeter Versäumnis zu mildern, gibt das Gesetz unter besonderen Voraussetzungen dem Säumigen die Möglichkeit, die versäumte Prozeßhandlung nachzuholen, indem es ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. § 44 StPO. bestimmt hierüber: „Gegen die Versäumung einer Frist kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beansprucht werden, wenn der Antragsteller durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Einhaltung der Frist verhindert worden ist," und weiter besagt § 45 StPO., daß das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen einer Woche nach Beseitigung des Hindernisses anzubringen ist.

Daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur bei unabwendbaren Zufällen, von denen die „Naturereignisse" nur ein besonderes Beispiel bilden, gegeben ist[65]), rechtfertigt sich daraus, daß ein Mißbrauch dieses Rechtsbehelfs verhütet werden soll. Was als „unabwendbarer Zufall" im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen. Als unabwendbar wird m. E. ein Zufall schon zu bezeichnen sein, wenn der Betreffende alles getan hat, was in seinen Kräften stand, oder wenn die Vermeidung des Hindernisses Vorkehrungen erfordert haben würde, die zu ihrem Zwecke nicht in vernünftigem Verhältnisse gestanden haben würden.[66]) Andrerseits ist im Falle eines Verschuldens der betreffenden Person niemals ein unabwendbarer Zufall im Sinne des Gesetzes gegeben.[67])

Daß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Suspensivkraft beigelegt worden ist — § 47 Abs. I StPO. —, erklärt sich daraus, daß

[64]) So auch Bleyer und Friedenreich a. a. O.

[65]) Das Gesetz dehnt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch auf den Fall aus, daß der Antragsteller von einer Zustellung ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt. Dieser Fall gehört streng genommen nicht unter die unabwendbaren Zufälle. vgl. Kries S. 458. Für diese Abhandlung kommt er nicht in Frage, da weder der gesetzliche Vertreter noch der Ehemann einer beschuldigten Person ein Recht auf Zustellung des Mandats hat.

[66]) So Thilo a. a. O.; Puchelt S. 108; vgl. auch Wieding a. a. O. S. 1332.

[67]) Binding S. 184; Löwe S. 277 (Note 5).

Digitized by Google

einer Verschleppung des Verfahrens durch Mißbrauch dieses Rechtsbehelfs vorgebeugt werden sollte. Um aber z. B. bei kürzeren Freiheitsstrafen den Zweck der Wiedereinsetzung nicht illusorisch zu machen, wird es ins Ermessen des Gerichts gestellt, einen Aufschub der Vollstreckung in besonderen Fällen anzuordnen (§ 47 Abs. 2 StPO.).

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, wie das Gesetz sagt, möglich gegen die Versäumung einer Frist allgemein.[68]) Als solche Frist ist jede strafprozessuale richterliche oder gesetzliche Frist[69]) anzusehen, abgesehen von den absoluten Präjudizialfristen der §§ 16, 25 usw. StPO. Es ist demzufolge auch gegen die Versäumung der Einspruchsfrist beim Strafbefehle und gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung bei der Strafverfügung und beim Strafbescheide die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den Beschuldigten möglich.[70]

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist aber nicht allein gegen die Versäumnis von Fristen gegeben, sie findet auch, weitergehend wiederum als die Wiedereinsetzung im Zivilprozesse, gegen die Versäumung von Terminen statt: So in §§ 234, 356 StPO., wenn die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden hat mit Ausnahme jedoch des in § 234 Abs. 2 StPO. gedachten Falles, ferner in §§ 370, 382 des a. G., wenn die Berufung beim Nichterscheinen des Angeklagten verworfen worden ist, in § 431 des a. G., wenn beim Nichterscheinen des Privatklägers die Privatklage als zurückgenommen erachtet und in § 452 des a. G., wenn beim Ausbleiben des Beschuldigten in der Hauptverhandlung der gegen den Strafbefehl erhobene Einspruch verworfen worden ist.

Der Charakter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist kurz dahin zusammenzufassen: Dem Säumigen soll unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit gewährt werden, eine versäumte Prozeßhandlung vorzunehmen, deren Nichtvornahme ihm unter Umständen ungünstig sein würde.

II. Betrachtet man nun von diesem Gesichtspunkte aus die vorliegende Frage, ob und inwieweit dem gestzlichen Vertreter und dem Ehemanne ein selbständiges Recht zur Wiedereinsetzung zugebilligt werden kann, so ergibt sich folgendes:

Der gesetzliche Vertreter und der Ehemann hat ein selbständiges, vom Willen der beschuldigten Person völlig unabhängig Recht zum Gebrauch des Rechtsbehelfs. Für ihn läuft eine selbständige Frist[71]), die mit der dem Beschuldigten gewährten Frist nur das gemein hat, daß sie zu gleicher Zeit mit lezterer läuft. Unterwirft sich der Beschuldigte dem Strafmandate, so hört seine Frist zu laufen auf; die dem gesetzlichen Vertreter (dem Ehemanne) gewährte Frist läuft aber infolge der Selbständigkeit seines Rechts weiter. Versäumt der Beschuldigte die Frist, ohne daß ihm ein Wiedereinsetzungsgrund zur Seite steht, so ist er für seine Person mit dem Rechtsbehelfe ausgeschlossen, und ebenso hat der gesetzliche Ver-

---

[68]) Sie ist also nicht so beschränkt wie die Wiedereinsetzung im bürgerlichen Rechte, die nur gegen Notfristen gegeben ist. § 233 ZPO.

[69]) Wiedereinsetzung ist auch gegen die Versäumnis der Frist für die Anbringung des Wiedereinsetzungsgesuches möglich.

[70]) §§ 455, 461 StPO.

[71]) Bennecke S. 433 Anm. 10.

treter und der Ehemann sein selbständiges Recht zum Gebrauche des Rchtsbehelfs verloren, wenn er die Frist in gleicher Weise verstreichen läßt. Nun ist es aber zweifellos, daß die beschuldigte Person im letzteren Falle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen und erlangen kann, wenn ihr Wiedereinsetzungsgründe zur Seite stehen.[72]) Sollte dieses Recht dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemann versagt sein, wenn sie ihre Frist infolge eines unabwendbaren Zufalls versäumen?

Der praktische Wert und der erstrebte Erfolg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, wie oben unter I ausgeführt worden ist, die Erlangung der Möglichkeit, die versäumte Prozeßhandlung noch einmal vorzunehmen. Billigt man diese Möglichkeit der beschuldigten Person zu, so kann man sie nicht dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne versagen, die ein gleich gutes Recht zum Gebrauche des Einspruchs und des Antrags auf gerichtliche Entscheidung haben wie erstere. § 44 StPO. spricht auch ganz allgemein von Versäumung einer Frist durch den Antragsteller. Der Paragraph setzt also voraus, daß für einen Beteiligten eine Frist läuft, die versäumt wird. Diese Voraussetzungen sind aber hier gegeben, denn für den gesetzlichen Vertreter und den Ehemann läuft, wie im vorigen Absatze ausgeführt worden ist, eine selbständige vom Willen der beschuldigten Person völlig unabhängige Frist. Es können sonach sowohl der gesetzliche Vertreter als der gesetzlich vertretene Beschuldigte (der Ehemann und seine beschuldigte Frau) mit der Wiedereinsetzung das wiedererlangen, was ihnen vorher zustand und was sie infolge der in ihrer Person liegenden Säumnis verloren haben, nämlich das selbständige in ihrer Person begründete Recht zum Einspruche und zum Antrage auf gerichtliche Entscheidung.

Nicht richtig ist es m. E., dem gesetzlichen Vertreter (dem Ehemanne) allgemein ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuzusprechen, auch wenn die Gründe für eine Wiedereinsetzung garnicht in seiner Person, sondern in der des gesetzlich vertretenen Beschuldigten (der beschuldigten Ehefrau) begründet sind. Man würde hier zu dem absurden Resultate gelangen, daß dem gesetzlichen Vertreter (dem Ehemanne) bei Versäumung der Frist ein größeres Recht gewährt würde, als ihm früher zustand. Dann würde man ja ihm, dessen selbständiges Recht zum Gebrauche des Rechtsbehelfs in diesem Falle durch verschuldete Säumnis seinerseits hinfällig geworden ist, einen Eingriff in das selbständige Rechtsbehelfsrecht der beschuldigten Person gewähren. Das ist aber gesetzlich durch nichts begründet, da ja der analog angewendete § 340 StPO., der nur von dem selbständigen Rechtsbehelfsrechte des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns handelt, in diesem Falle überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann. — Der gesetzliche Vertreter (der Ehemann) kann also in letzterem Falle nur in Vollmacht der beschuldigten Person Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen und erlangen.

Eine abweichende Stellung nehmen Puchelt[73]) und Thilo[74]) ein:

Puchelt billigt dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne das Recht auf Wiedereinsetzung auch auf Grund der in der Person des Beschuldigten liegenden Abhaltungsgründe zu, und Thilo gibt ihnen, was

[72]) vgl. S. 44 dieser Abhandlung.

[73]) Puchelt S. 530.

[74]) Thilo S. 45.

dasselbe bedeutet, sowohl wegen eigener als auch wegen der Fristversäumnis des Beschuldigten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Thilo begründet a. a. O. seine Meinung nicht und Puchelt führt a. a. O. als Begründung an: „da sich die nach § 340 StPO. dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne gewährte Frist der Einlegung des Rechtsmittels nach den Bestimmungen für den Beschuldigten richte, stehe ersteren auch das Recht zu, auf Grund der in der Person des Beschuldigten liegenden Abhaltungsgründe Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begehren", und er beruft sich weiter darauf, daß dies in der Kommissionsberatung über den Entwurf einer Strafprozeßordnung für selbstverständlich angesehen worden sei.[75]) Beide verfallen hierbei in den bereits gerügten Fehler, daß sie dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne mehr zusprechen als ihnen zugesprochen werden darf: nämlich einen Eingriff in das selbständige Rechtsmittelrecht und (analog auf vorliegenden Fall angewendet) in das selbständige Rechtsbehelfsrecht des Beschuldigten. Die von Puchelt an erster Stelle gegebene Begründung ist nicht stichhaltig; denn die Vorschrift, daß die dem gesetzlichen Vertreter und Ehemanne gewährte Frist sich nach den Bestimmungen für den Beschuldigten richtet, hat nur rein formellen Charakter und vermag ein derartiges von Puchelt gewolltes Recht des gesetzlichen Vertreters und des Ehemanns nicht zu begründen. — Was die an zweiter Stelle von Puchelt gegebene Begründung anlangt, so hat Puchelt die Kommissionsverhandlungen bezw. den von Schwarze gestellten Antrag, dem § 286 des Entwurfs (d. i. § 340 StPO.) folgenden Passus hinzuzufügen: „Auch steht diesen Personen (dem gesetzlichen Vertreter und dem Ehemanne) bei Versäumnis an dem Rechtsmittel das Gesuch um Wiedereinsetzung in gleichem Maße wie dem Angeschuldigten zu", mißverstanden. Das Wort „Versäumnis" bezieht sich, wie sich schon aus der Fassung des Antrags ergibt, auf „diesen Personen", und die Gegenüberstellung mit dem Rechte des Beschuldigten ergibt, daß es sich nur um in ihrer Person liegende Hinderungsgründe handeln kann. v. Schwarze wollte diesen Personen nicht mehr geben, als ihnen in § 340 StPO. gewährt wurde; er wollte aus dem dort gewährten Rechte lediglich die Folgerungen ziehen, die oben gezogen worden sind; er wollte durch seinen Antrag nur die gesetzliche Festlegung dieser Folgerungen erreichen, und zog ihn, weil diese Folgerung als selbstverständlich bezeichnet wurde, zurück.[76])

Die Personen des Beurlaubtenstandes im Militärstrafgesetzbuch.

Von Dr. Rissom, Kriegsgerichtsrat.

I.

1. Eine ausdrückliche Vorschrift über das persönliche Geltungsgebiet des Militärstrafgesetzbuches hat man nach den Motiven nicht geben wollen, weil es sich aus den einzelnen Gesetzesbestimmungen genügend

[75]) Hahn II. S. 1391, 1392.
[76]) Hahn II. S. 1392.

ergebe. Dies trifft wohl nicht völlig zu, indessen unterliegt es keinen Bedenken, die Überschriften der einzelnen Teile zur Erläuterung hinzuzuziehen. Die Überschrift des Haupttitels lautet aber: „Militärische Verbrechen und Vergehen der Personen des Soldatenstandes," wobei unter letzteren die Militärpersonen mit Ausnahme der Militärbeamten, denen der darauffolgende Titel gewidmet wird, verstanden sind. Da zu den Militärpersonen nicht nur die Personen des aktiven Dienststandes, sondern auch die des Beurlaubtenstandes gehören, bedurfte es, falls man die letzteren dem Militärstrafgesetzbuch ganz oder teilweise entziehen wollte, einer Ausnahmebestimmung. Diese ist im § 6 des Gesetzes dahin gegeben:

§ 6.

„Personen des Beurlaubtenstandes unterliegen den Strafvorschriften des Gesetzes in der Zeit, in welcher sie sich im Dienste befinden; außerhalb dieser Zeit finden auf sie nur diejenigen Vorschriften Anwendung, welche in diesem Gesetze ausdrücklich auf Personen des Beurlaubtenstandes für anwendbar erklärt sind."

Zu diesen letzteren Vorschriften gehört außer Bestimmungen, welche die Ehrenstrafen gegen Personen des Beurlaubtenstandes, das Beratschlagen über militärische Angelegenheiten und die Nichtbefolgung der Mobilmachungsorder betreffen, der dem die militärische Unterordnung behandelnden Abschnitt angehängte

§ 113.

„Eine Person des Beurlaubtenstandes wird, auch während sie sich nicht im Dienste befindet, nach den Vorschriften dieses Abschnitts bestraft, wenn sie dem § 101 zuwiderhandelt oder eine andere der in diesem Abschnitte vorgesehenen strafbaren Handlungen im dienstlichen Verkehr mit dem Vorgesetzten oder in der Militäruniform begeht, oder wenn sie sich des Ungehorsams oder der Widersetzung gegen einen rechtmäßigen Befehl in dienstlichen Angelegenheiten schuldig macht."

Eine entsprechende Vorschrift ist in § 126 für den Mißbrauch der Dienstgewalt seitens der Personen des Beurlaubtenstandes „im dienstlichen Verkehre mit dem Untergebenen oder in der Militäruniform" gegeben.

2. An diese Regelung der Materie hat sich durch die Jahrzehnte hindurch eine grundsätzliche Kontroverse geknüpft.

Die eine Auffassung geht von der gewiß zutreffenden Tatsache aus, daß das Militärstrafgesetzbuch seinem ganzen Inhalte nach in erster Linie für das bei den Fahnen befindliche, das aktive Heer geschaffen sei. Sie findet daher im ersten Satz des § 6 den Grundsatz ausgesprochen, daß die Personen des Beurlaubtenstandes dem Militärstrafgesetzbuch voll nur dann unterstehen, wenn sie zum aktiven Heer gehören. Dies ist nach §§ 6 und 7 des Wehrgesetzes vom 9. November 1867, dem Grundgesetze der deutschen Heereseinrichtungen, der Fall, wenn sie anläßlich der notwendigen Übungen, Verstärkungen und Mobilmachungen des Heeres zum Dienst einberufen werden. Im § 38 B 2 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 ist dann Anfangs- und Endpunkt dieser Zugehörigkeit zum aktiven Heere noch genauer dahin bestimmt, daß der Beginn des Einberufungs- und der Ablauf des Entlassungstages die Grenzen abgeben. Hiernach hätte der erste Satz des § 6 eine nur deklaratorische, einleitende

Bedeutung, während das Schwergewicht der Vorschrift in dem Verweise auf die besonderen Vorschriften ruhte, von denen namentlich § 113 die Aufgabe hätte, im Bereiche der während des Beurlaubtenverhältnisses vorkommenden dienstlichen Beziehungen zum Heere die Aufrechterhaltung der Disziplin zu ermöglichen.

Eine neue, allerdings auf alte Erinnerungen zurückgreifende Auffassung, welche in der Praxis des Reichsmilitärgerichts (Bd. 9 S. 178) die erste (4, 284) verdrängt hat, geht gleichfalls davon aus, daß die zur Übung usw. einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes zum aktiven Heere gehören, somit von vornherein dem Militärstrafgesetzbuch unterstehen. Der hieran geknüpfte Schluß lautet nun, wenn die Bestimmung des § 6 Satz 1 überhaupt einen positiven Inhalt haben solle, müsse sie sich ausschließlich oder wenigstens zunächst auf solche Personen beziehen, die *während der Beurlaubung*, also ohne zum aktiven Heere einberufen zu sein, sich im Dienste befänden. Demnach bliebe nur noch zu beweisen, daß die Vorschrift des § 6 Satz 1, was keineswegs selbstverständlich, wirklich einen positiven Inhalt hat. Diese Auffassung ist fraglos komplizierter als die erste. Sie unterscheidet drei Begriffe: Dienst im Sinne der Zugehörigkeit zum aktiven Heer, Dienst während der Beurlaubung, dienstlichen Verkehr im Sinne des § 113.

3. Wer als Mann der Praxis, wie der Verfasser, von Anfang an die zweite Auffassung vertreten hat, um dann seine Überzeugung der des obersten Gerichtshofes unterzuordnen, wird nur ungern nochmals wieder einschwenken und damit zugeben, bei der ersten Wandlung im Präjudizienkultus, diesem Erbübel der Rechtspflege, befangen gewesen zu sein. Dennoch wird man zugeben müssen, daß das RMG. sich jetzt auf den zutreffenden Standpunkt gestellt hat. Die Beweisführung ist allerdings keine absolut zwingende. Sie beruht im wesentlichen darauf, daß es nach der Heeresverfassung einen Dienst im Beurlaubtenverhältnis, der gewissermaßen weniger ist als aktiver Dienst und mehr als dienstlicher Verkehr, in der Tat gibt, und daß die militärischen Interessen die volle Anwendung des Militärstrafgesetzbuchs auf diese Zwischenstufe fordern. Es kann den Ausführungen im ganzen beigetreten, daneben aus der Preußischen Militärstrafgesetzgebung ein brauchbares Argument hinzugefügt werden.

Hat man aber erst die Zwischenstufe erobert, so wird man in ihr namentlich auch die Kontrollversammlungen unterbringen können, die man bisher nach dem Vorgange des Reichsgerichts beim aktiven Dienst, offenbar ihrer Natur widersprechend, Unterschlupf suchen ließ.

II.

1. Zur Entscheidung der Streitfrage wird es nötig sein, zunächst in eine nähere Prüfung der Heeresverfassung, soweit sie über das Wesen des militärischen Dienstes und des Beurlaubtenverhältnisses Auskunft gibt, einzutreten.

Nach dem schon erwähnten Wehrgesetz von 1867 besteht die bewaffnete Macht aus dem Heere, der Marine und dem Landsturme (§ 2). Das Heer wird eingeteilt in das stehende Heer und die Landwehr (§ 3). Das stehende Heer ist beständig zum Kriegsdienste bereit und die Bildungsschule der ganzen Nation für den Krieg (§ 4). Die „Verpflichtung zum Dienst im stehenden Heere“ dauert 7 Jahre, während welcher Zeit die Mannschaften die ersten 3 Jahre „zum ununterbrochenen aktiven Dienst“ verpflichtet sind (§ 6). Sodann lautet:

Digitized by Google

§ 6 Abs. 5 WG.

„Während des Restes der siebenjährigen Dienstzeit sind die Mannschaften zur Reserve beurlaubt, insoweit nicht die jährlichen Übungen, notwendige Verstärkungen oder Mobilmachungen des Heeres . . . . die Einberufung zum Dienst erfordern."

Der „ununterbrochene aktive Dienst" hier und auch sonst, z. B. in § 38 des Reichsmilitärgesetzes, schlechtweg Dienst genannt, ist danach ein Dauerverhältnis, charakterisiert durch die unmittelbare Bereithaltung zu den Zwecken des Heeres.

Diesen Begriff des Dienstes im Sinne eines allgemeinen Präsenzverhältnisses kennt auch das Militärstrafgesetzbuch im § 15, wo vom „Eintritt in den Dienst" gesprochen wird. Daneben aber gebraucht es auch das Wort in einer engeren Bedeutung, nämlich im Sinne einer besonderen militärischen Verrichtung, die durch Verfassung und Wesen des Heeres und durch die darauf gegründeten Vorschriften erfordert wird. Das Wort umfaßt hier sowohl die Ausübung der besonderen Verrichtung, welche stellenweise noch besonders hervorgehoben wird, als auch die Bereithaltung dazu.

Einstweilen interessiert nur der Dienst im weiteren Sinne. Nach dem dreijährigen ununterbrochenen aktiven Dienst werden die Mannschaften „von den Fahnen" (§ 5 RMG.) entlassen, später in Anlaß der Mobilmachung und der Übungen wieder „zu den Fahnen" (§ 5 Wehr-Ges.) einberufen. Dieser Dienst bei den Fahnen ist der eigentliche bestimmungsgemäße Dienst des Soldaten. Das Wort „Einberufung" ist der technische Ausdruck für die erneute Inanspruchnahme, indessen kommt auch z. B. in § 12 WG. die Wendung „zu Übungen herangezogen" vor. Die Einberufung ist, wie auch der oben angeführte Wortlaut des § 6 Abs. 5 WG. zeigt, ihrem Wesen nach Zurücknahme der Beurlaubung. Daher tritt im Moment der Wirksamkeit der Einberufungsorder ohne weiteres der frühere normale Zustand, die Zugehörigkeit zum „aktiven" Heere, wieder in Kraft. Will man den Zustand der Zwischenzeit, der Beurlaubung, durch einen auch sonst beliebten Ausdruck charakterisieren, so kann man ihn als ein im Zustande der Ruhe befindliches Pflichtverhältnis bezeichnen. Die Verpflichtung zum Dienst im stehenden Heere, welche nach § 6 Abs. 1 WG. sieben Jahre dauert, r u h t während der Beurlaubung. Es gelten für die beurlaubten Mannschaften nach § 15 Abs. 2 WG. „die allgemeinen Landesgesetze."

Eine Verletzung der wenn auch ruhenden Dienstpflicht durch Vereitelung der Möglichkeit der Einberufung ist denkbar. Demgemäß gelten auch nach § 6 Ziff. 2 der Preußischen Militärstrafgerichtsordnung von 1845 die Strafbestimmungen über Desertion auch für Beurlaubte. Zur Zeit haben wir in den §§ 140 Ziff. 2 und 360 Ziff. 3 StGB. ein schwaches Analogon jener Bestimmung. (Auswanderung von Offizieren und Mannschaften des Beurlaubtenstandes ohne Erlaubnis.) Ferner gelten nach besonderer Vorschrift des § 60 Ziff. 3 RMG. für Personen des Beurlaubtenstandes, die ihre drei Jahre aktiver Dienstzeit ganz oder zum Teil noch vor sich haben, die Strafbestimmungen über Fahnenflucht usw. Dabei ist zu bemerken, daß die dazu in erster Linie gehörigen ausgehobenen und vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten nicht genau unter den oben aufgestellten Begriff der Beurlaubten fallen, da ihre aktive Dienstzeit nach § 6 Abs. 3 WG. erst vom wirklich erfolgten Diensteintritt rechnet, und

demgemäß nach § 38 A 3 RMG. erst mit diesem Zeitpunkt die Zugehörigkeit zum aktiven Heere beginnt.

2. Der geschilderte Zustand des Ruhens der Dienstpflicht bedeutet aber keinen völligen und ununterbrochenen Schlaf. Die Sicherung der demnächstigen Einberufung erfordert ein vielverzweigtes System von Kontrollmaßregeln, welche ein bestimmtes nicht nur passives, sondern auch aktives Verhalten der davon Betroffenen und mannigfache dienstliche Beziehungen zu den mit der Kontrolle befaßten Dienststellen mit sich bringen. Sodann kann auf eine gewisse disziplinare Einwirkung nicht ganz verzichtet werden, sei es im eigentlichen Disziplinarverfahren, sei es im militärgerichtlichen Verfahren, welches gleichfalls eine seine Natur wesentlich mitbestimmende disziplinäre Seite hat. Endlich ist das bald erlaubte, bald gebotene Tragen der militärischen Uniform geeignet, bei der äußerlichen Ununterscheidbarkeit vom aktiven Heer auf eine innerliche Gleichstellung hinzuwirken.

Hier wäre nun das Gebiet, auf welchem ein „Dienst" während des Beurlaubtenstandes denkbar ist. Voraussetzung dafür ist, weil die Beurlaubung auf dem Gesetz beruht, daß auch die Veränderung des gesetzlich geschaffenen Zustandes sich auf ein Gesetz zurückführen läßt, wenn auch nicht, was unmöglich wäre, bis in die letzten Ausläufer hinein.

Das Wiedererwachen des Dienstverhältnisses kann nun erfolgen entweder vollständig oder teilweise.

Letzteres tritt ein, wenn nur ein einzelnes militärisches Pflichtverhältnis, wie z. B. das die Grundlage der militärischen Ordnung bildende Vorgesetzten- und Untergebenenverhältnis wiederauflebt. Dies kann genügen für die Äußerlichkeit des Uniformtragens oder auch für die auf einen einzelnen Akt oder einen kurzen Moment sich beschränkenden Beziehungen zu den dafür zuständigen Dienststellen. Demgemäß sind in den §§ 113, 126 MStGB. unter Einschiebung einer eigentlich militärverwaltungsrechtlichen Norm ins Strafgesetz, wie dies öfter, z. B. auch in § 124 MStGB. geschieht, beim Tragen der Militäruniform die Vorschriften über Indisziplin und über Mißbrauch der Dienstgewalt für anwendbar erklärt, womit der Uniformträger offenbar in die militärische Hierarchie, seinem Range entsprechend, eingegliedert ist. Ferner sind nach §§ 113, 126 MStrGB. die gleichen Vergehen strafbar, wenn sie begangen sind „im dienstlichen Verkehr" mit „dem Vorgesetzten" und „dem" Untergebenen. Auch hier handelt es sich, wie der Zweck der Vorschrift und die Zusammenstellung mit dem Uniformtragen, übrigens auch der Wortlaut ergeben, um „den" nach der allgemeinen Dienstordnung Vorgesetzten oder Untergebenen, mit dem die dienstliche Beziehung hergestellt wird, nicht allein um die bestimmungsmäßigen „direkten" Vorgesetzten, die für den dienstlichen Verkehr allerdings in erster Linie in Frage kommen. Das Reichsmilitärgericht hat diese von ihm früher, so 4,288, gleichfalls vertretene Ansicht später in 9,194 ohne Begründung wieder aufgegeben. Vgl. auch § 57 Abs. 2 RMG., wonach die Personen des Beurlaubtenstandes im dienstlichen Verkehr mit „ihren" Vorgesetzten oder wenn sie in Militäruniform erscheinen, der militärischen Disziplin unterworfen sind.

Dagegen würde eine Einziehung zu militärischen Zwecken von einer gewissen Dauer naturgemäß das völlige Aufleben des Dienstverhältnisses bedingen und würde damit der Fall des § 6 MStrGB., nämlich die Anwendung des vollen Militärstrafgesetzbuchs, gegeben sein. Ein besonders gutes Beispiel bietet die Verbüßung einer disziplinarisch ver-

hängten Arreststrafe, welcher Fall insbesondere zeigt, daß es sich um einen Dienst im weiteren Sinne, also um ein allgemeines Präsenzverhältnis, nicht um eine besondere Verrichtung handelt. Auch der aktive Soldat befindet sich nicht während der ganzen Zeit der Strafverbüßung „im Dienste", dies Wort in der engeren Bedeutung gefaßt, sondern nur z. B. beim Antreten zur Erledigung der zum Zweck der Abführung vorgeschriebenen Formalien. (RMG. 3,238.) Auch die militärische Vollstreckung von gerichtlich erkannten Freiheitsstrafen würde hierher gehören. Dies völlige Wiederaufleben braucht aber nicht notwendig, und dies ist der Kernpunkt der Sache, eine Zugehörigkeit zum „aktiven" Heere zu begründen. Das aktive Heer steht bei den Fahnen, tut Waffendienst. Aber das Verhältnis ist dem des aktiven Soldaten wesensgleich, eine Aktivität anderer Art. Es liegt nahe, diese eigenartige Dienstpräsenz zweiter Ordnung mit dem aktiven Dienstverhältnis zusammenzuwerfen. Wohl mancher Mann des Beurlaubtenstandes erhält bei seiner Einlieferung in Arrest die Belehrung, daß er jetzt aktiver Soldat sei, eine Belehrung, bei welcher der Vorteil der Begreifbarkeit den Nachteil der Ungenauigkeit allerdings überwiegt. Auch die Militär-Strafvollstreckungsvorschrift bemerkt im § 34, anschließend an das Preuß. Regulativ vom 6. Nov. 1858, daß die Militärgefangenen während der Strafdauer den Militärgerichtsstand haben, was nur unter der Voraussetzung zuträfe, daß die zur Strafhaft eingezogenen Personen des Beurlaubtenstandes dadurch aktive Soldaten geworden wären. Die Reaktion gegen diese Begriffsvermischung war dann die auf § 38 RMG. gestützte, übrigens auch aus dem früheren Rechtszustand sich ergebende Feststellung, daß nur die zu den Fahnen Einberufenen zum aktiven Heere gehörten, mit der daran geknüpften unrichtigen Folgerung, daß nur diese sich „im Dienste" im Sinne des § 6 MStrGB. befänden.

Das vollständige Aufleben des militärischen Pflichtverhältnisses bringt es mit sich, daß die Personen des Beurlaubtenstandes während des Dienstes im Sinne des § 6 MStrGB. vollständig in die militärische Hierarchie aufgenommen sind, sodaß sämtliche Vorgesetzten der ranggleichen aktiven Personen des Soldatenstandes auch ihre Vorgesetzten sind, eine Frage, deren Entscheidung im RMG. 9,193 noch umgangen wird. Wenn also ein in Verbüßung einer Disziplinarstrafe befindlicher Mann des Beurlaubtenstandes sich an einem Unteroffizier, den er in den Räumen des Arresthauses zufällig trifft, tätlich vergreift, so findet § 97 MStrGB. Anwendung. Gerade solche Fälle zeigen die Tragweite des § 6 MStrGB. Im übrigen würden namentlich die Abschnitte des MStrGB., welche Fahnenflucht und unerlaubte Entfernung, sowie Verletzung besonderer Dienstpflichten (§ 139) und „Handlungen gegen die militärische Ordnung" behandeln, zur Anwendung gelangen können. Allerdings eignen sich die meisten Vergehen der letztgenannten beiden Abschnitte wenig oder garnicht zur Anwendung auf Personen des Beurlaubtenstandes.

Erst nach Niederschrift dieses Aufsatzes ist die Entscheidung des RMG. 10,277 im Druck erschienen, nach der sich die im Sinne des § 6 StrGB. z. B. bei Verbüßung einer Arreststrafe, im Dienste befindlichen Mannschaften des Beurlaubtenstandes der Fahnenflucht nicht schuldig machen können. Nach § 60 RMG. seien die dort bezeichneten Sonderklassen der Personen des Beurlaubtenstandes, wie Rekruten usw. den Bestimmungen des dritten Abschnitts des MStrGB. über unerlaubte Entfernung und Fahnenflucht in gleicher Weise wie die Personen des aktiven

Dienststandes unterworfen. Zu diesen Personen gehörten „demnach" die anderen Beurlaubten, z. B. Reservisten, nicht. Sie könnten sich „mithin" der Fahnenflucht während der Dauer des Beurlaubtenverhältnisses nicht schuldig machen, sondern nur, wenn sie infolge Einberufung zum aktiven Heere gehörten. Sie befänden sich während der militärischen Strafverbüßung zwar im Dienste im Sinne des § 6 MStrGB., aber Fahnenflucht könnten sie, „wie oben dargetan", nur begehen, wenn sie zum aktiven Heere gehörten. Der Trugschluß in diesen Ausführungen, welche übrigens unerlaubte Entfernung und Selbstbefreiung als Gefangener (§ 79) mitumfassen, ist unschwer zu erkennen. Es wird dann ein allein die Fahnenflucht betreffendes Argument hinzugefügt, über das sich wenigstens streiten läßt: Die nach § 6 MStrGB. „im Dienst" befindlichen Beurlaubten seien zwar dem Militärstrafgesetz in vollem Umfange unterworfen, aber doch nur da, wo der „Dienst" im Sinne des § 6 in Frage komme, nicht aber „die gesetzliche oder übernommene Verpflichtung zum Dienste", im Sinne des § 69 MStrGB., unter der immer nur die aus der Wehrpflicht entspringende Verpflichtung zum Dienste verstanden werden könne. Das erscheint doch reichlich subtil und der hier angenommene Wesensunterschied zwischen Dienst und Dienst bedürfte der Begründung. Es kann hier auch auf die zutreffende Ausführung RMG. 2,122 hingewiesen werden, nach der die Rekruten durch ein den Kontrollbestimmungen entsprechendes Verhalten „ihre Dienstpflicht im Beurlaubtenstande erfüllen."

3. Die Frage, ob neben dieser weiteren Auslegung des § 6 MStrGB. überhaupt noch ein Anwendungsgebiet für den im § 113 das. erwähnten dienstlichen Verkehr übrig bleibt, wird RMG. 9,195 nicht weiter erörtert. Offenbar ist aber das übrig bleibende Gebiet ein äußerst beschränktes, da mit dem dienstlichen Verkehr in der Regel auch das Befinden im Dienst im Sinne einer besonderen militärischen Verrichtung verbunden sein wird. Soweit dies zutrifft, ist aber das allgemeine Präsenzverhältnis, wie es im § 6 verlangt wird, als das mindere allemal vorhanden. Schriftliche Eingaben, wie Gesuche, Beschwerden, Meldungen und mündliche Anfragen könnten allenfalls unter den Begriff des bloßen dienstlichen Verkehrs gebracht werden. Für mündliche Meldungen ist dies schon zweifelhaft. Man könnte diese der militärischen Kontrolle wegen vorgeschriebenen Meldungen wohl unter den Begriff des Befindens im Dienste bringen, was zur Folge hätte, daß auf sie der § 139 MStrGB. betreffend die Bestrafung falscher dienstlicher Meldungen Anwendung finde. Nach § 2 des sogenannten Kontrollgesetzes vom 15. Februar 1875 kann zur weiteren Erläuterung schriftlicher Meldungen, Gesuche und Beschwerden sowie zur Rechtfertigung wegen Versäumnis militärischer Pflichten die persönliche Gestellung gefordert werden. Das RMG. 3,79 scheint geneigt, derartige Gestellungen als Befinden in Dienst anzusehen. Endlich wird RMG. 9,194 die Anwesenheit als Beschuldigter im militärgerichtlichen Verfahren vor dem Gerichtsoffizier oder dem erkennenden Gericht als Befinden im Dienst erachtet. Man sieht, daß der „dienstliche Verkehr" des § 113 dem „Dienst" des § 6 gegenüber sehr in Verlegenheit kommt!

4. Noch eine weitere Schwierigkeit stellt sich der hier vertretenen Auffassung des § 6 MStrGB entgegen. Das RMG 9,186 nimmt an, daß die Vorschrift ausschließlich oder wenigstens zunächst auf den Dienst während der Beurlaubung sich beziehe. Demgegenüber kann wohl mit größerem Recht die Vermutung aufgestellt werden, daß das Gesetz gerade in erster Linie an die Einberufung der Beurlaubten zum aktiven Dienst gedacht hat.

Digitized by Google

Diese Personen noch als Beurlaubte zu bezeichnen, enthält allerdings eine kleine Ungenauigkeit, die aber dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens — „Reservisten auf den linken Flügel!" — entspricht und in § 68 des Gesetzes, ähnlich in § 9 der Militärstrafgerichtsordnung wiederkehrt. Es lag auch vom praktischen Standpunkt aus nahe, diesen wichtigen Fall nicht zu übergehen. Die Motive vollends scheinen nur an diesen Fall gedacht zu haben. Nach ihnen liegt dem MStrGB das Bestreben zu Grunde, dem Grundsatz, daß die beurlaubten Mannschaften — abgesehen von den Kontrollvorschriften — nur den allgemeinen Landesgesetzen unterworfen sind, sich insoweit anzuschließen, als die militärische Verhältnisse, insbesondere die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin es irgendwie gestatten. Das bedeutet doch offenbar: Grundsatz: Nichtanwendung des Gesetzes, Ausnahme: §§ 113, 126 usw. Es heißt dann weiter:

„In vollem Einklange mit der bestehenden Reichsgesetzgebung stellt darum der § 6 als Regel auf, daß Personen des Beurlaubtenstandes den Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs nur in der Zeit unterliegen, während welcher sie sich im Dienste befinden.' '

Die „bestehende Reichsgesetzgebung" ist zweifellos der § 15 WG., nach dem die Personen des Beurlaubtenstandes, abgesehen von der Kontrolle, den allgemeinen Landesgesetzen unterstehen. Die Motive können also jedenfalls nicht, wie es RMG. 9,186 und 188 versucht wird, zur Begründung der weiteren Auffassung des § 6 verwendet werden, eher für das Gegenteil.

Ist nun bei den Worten des § 6 „im Dienst befinden" in erster Linie an die Einberufung zum aktiven Dienst, in zweiter an die Heranziehung während der Beurlaubung zur Erledigung eines Sonderzwecks, um einen RMG. 3,79 gebrauchten Ausdruck anzuwenden, gedacht, so birgt der Ausdruck unter diesem zu Tage liegenden noch einen weiteren verborgenen Doppelsinn: Bei der Zurücknahme der Beurlaubung vom aktiven Heere durch Einberufung lebt das Dienstverhältnis in der Form der Zugehörigkeit zum aktiven Heere ohne weiteres wieder auf. Der Ausdruck „im Dienst befinden" ist hier also ein reiner Rechtsbegriff. Die tatsächliche Gestelllung bei der Truppe ist nicht erforderlich. Daher ist das Ausbleiben auf erfolgte Einberufung als unerlaubte Entfernung bezw. Fahnenflucht strafbar. So auch das Reichsgericht und das Rechtsmilitärgericht in ständiger Rechtsprechung. Dagegen gilt gleiches nicht ohne weiteres bei einer Heranziehung zum Dienst während des Beurlaubtenverhältnisses. Die auch für diese Fälle oben versuchte Konstruktion eines Wiederauflebens des Dienstverhältnisses würde zwar an sich die gleiche Behandlung nicht hindern, fordert sie aber auf der anderen Seite auch nicht mit Notwendigkeit. Daher wird man hier bei den Tatsachen stehen bleiben müssen und das Wiederaufleben des Pflichtverhältnisses nicht mit dem Zeitpunkt, an dem der Dienst anzutreten ist, sondern mit der tatsächlichen Gestellung zu rechnen haben. Der gleiche Unterschied gilt für die Beendigung des Verhältnisses. Die Zugehörigkeit zum aktiven Heere endet nach § 38 B 1 RMGes., übrigens auch schon nach dem älteren Recht, mit dem Ablauf des nEtlassungstages, nicht mit dem Aufhören der körperlichen Präsenz. Das Befinden im Dienst während des Beurlaubtenverhältnisses endet im Augenblick des tatsächlichen Aufhörens der Dienstpräsenz infolge Entlassung oder Entweichung.

Man kann die dürftige Fassung des § 6 MStrGB. bedauern, aber

ein entscheidendes Argument gegen die hier vertretene Anschauung bildet sie doch nicht.

5. Ein wertvolles Auslegungsmaterial bietet jedoch die Behandlung des Problems im alten Preußischen Militärstrafrecht. Man wird in der Regel von der Annahme ausgehen können, daß die bewährten Grundsätze des altpreußischen Militärrechts auch in die Reichsgesetzgebung übergegangen sind. Das Preußische Militärstrafgesetzbuch findet nun nach § 1 daselbst auf alle Personen Anwendung, welche der Militärgerichtsbarkeit unterworfen sind. Diese das natürliche Verhältnis des materiellen Strafrechts zum formellen umkehrende Bestimmung erklärt sich aus der Anlehnung der Gerichtsbarkeit an das militärische Gewaltverhältnis, welches die Unterstellung unter das materielle Militärstrafrecht mit sich bringt. In der Preuß. Militärstrafgerichtsordnung lautet nun

§ 7.

Wenn die zum Beurlaubtenstande gehörenden Personen des Soldatenstandes zu dienstlichen Zwecken einberufen werden, so haben sie während dieser Einberufung den Militärgerichtsstand. Derselbe beginnt

1. wenn die Einberufung zum Kriege oder während außerordentlicher Zusammenziehung der Reserve oder Landwehr erfolgt, mit dem Empfang der Einberufungsordre,

2. wenn die Einberufung zu den größeren Uebungen stattfindet, mit dem Anfang des in der Einberufungsordre bezeichneten Gestellungstages. In beiden Fällen hört dieser Gerichtsstand mit dem Ablauf des Tages der Wiederentlassung auf.

Erfolgt dagegen

3. die Einberufung zu den kleineren Übungen oder zu anderen dienstlichen Zwecken, so findet der Militärgerichtsstand nur für die Dauer der Anwesenheit des Beurlaubten im dienstlichen Verhältnis statt.

Hier haben wir in behaglich breiter Auseinanderlegung genau die Unterscheidung zwischen Wiedereintritt in den aktiven Dienst (1 und 2) und Dienst im Beurlaubtenverhältnis mit allen Konsequenzen. Es ist anzunehmen, daß der § 6 des Reichsmilitärstrafgesetzbuches hieran nichts ändern wollte und daß die kurze Fassung nur gewählt ist, um die nähere Ausgestaltung der Natur der Sache und den die Heeresverwaltung regelnden Gesetzen zu überlassen.

Auch der dienstliche Verkhr des § 113 MStrGB. hat im Preußischen Recht sein Vorbild, denn es gehören nach § 6, Ziff. 4 der Preuß. MStrGO. vor die Militärgerichte „Insubordination bei Anbringung von Gesuchen und Beschwerden in militärischen Dienstangelegenheiten."

6. Zum Schlusse dieser allgemeinen Erörterungen darf noch auf die Behandlung hingewiesen werden, welche die Frage in der Disziplinarstrafordnung vom 1. Oktober 1872 gefunden hat. Allerdings sind derartige Verordnungen, zu denen u. a. auch die Wehrordnung und die Heerordnung gehören, zur Auslegung von Gesetzen nur mit Vorsicht zu benutzen, da sie selbst auf den Gesetzen beruhen und der Prüfung der Vereinbarkeit ihrer einzelnen Vorschriften mit dem Gesetz bedürftig sind. Es bestimmt nun:

Digitized by Google

§ 23 Abs. 1 DiszStrO.

Auf die Personen des Beurlaubtenstandes kommen die Strafvorschriften dieser Verordnung nur in der Zeit durchweg zur Anwendung, während welcher sie sch im Dienste befinden.

Es lassen nun § 26 DiszStO. und der Zusammenhang dieser Vorschrift mit §§ 33 Ziff. 3, 37 der alten Preußischen Disziplinarstrafordnung von 21. Oktober 1841 keinen Zweifel, daß auch ein Dienst während des Beurlaubtenverhältnisses mitumfaßt ist. Da die angezogene Vorschrift des § 23 Abs. 1 sich offenbar an das Militärstrafgesetz vom 20. Juni 1872 anschließen wollte, ist der Schluß berechtigt, daß die DiszStrO. dem § 6 MStrGB. die hier vertretene weitere Auslegung gegeben hat.

Ob § 23 Abs. 1 der Disziplinarstrafordnung, welche übrigens auch sonst nicht immer auf dem Boden der als gesichert zu bezeichnenden Errungenschaften der heutigen Rechtsprechung steht, durch den § 6 des fast 3 Jahre späteren Gesetzes vom 15. Febr. 1875 betr. die gegen die Personen des Beurlaubtenstandes zulässigen Disziplinarstrafen eine Einschränkung erfahren hat, braucht hier nicht erörtert zu werden.

III.

1. Es soll nun, um die Tragweite des erzielten Ergebnisses an einem Beispiel zu zeigen, eine Anwendung davon gemacht werden, welche vielleicht auf den ersten Blick überraschend erscheint und in dem Erkenntnis des RMG. 9,178 wohl nicht vorausgesehen wurde, dennoch aber, wie ich glaube, eine notwendige und unausbleibliche Schlußfolgerung darstellt. Es wird nämlich erforderlich sein, die Kategorie des Dienstes während des Beurlaubtenverhältnisses auch auf die militärischen Kontrollversammlungen in Anwendung zu bringen.

Früher machte man sich wegen der rechtlichen Konstruktion der Kontrollversammlungen keine Schwierigkeiten. Man bestrafte das Nichterscheinen zur Kontrollversammlung als Ungehorsam nach § 113 MStrGB., die während der Anwesenheit bei derselben begangenen Straftaten nach dem Militärstrafgesetzbuch.

Diese in jeder Beziehung zutreffende Praxis wurde in Verwirrung gebracht durch einen Vorfall, der sich nach einer Herbstkontrollversammlung in Pommern im Jahre 1884 ereignete. Nach Beendigung der Kontrollversammlung hatte sich ein gerade zum Landsturm überführter Wehrmann auf dem Bahnhofe gegenüber zwei aktiven Offizieren beleidigend und ungebührlich benommen, und zur Rede gestellt sich geweigert, den Hut befehlsgerecht abzunehmen. Während nun der Vorderrichter lediglich wegen öffentlicher Beleidigung auf Grund des bürgerlichen Strafgesetzbuchs verurteilte, erachtete das Reichsgericht in Strafsachen 12,319 das Militärstrafgesetz, welches Verurteilung wegen Achtungsverletzung und Beleidigung gegenüber einem Vorgesetzten und wegen Gehorsamsverweigerung bedingen würde, für anwendbar, unter der Begründung, daß nach § 38 B 1 des Reichsmilitärgesetzes die aus dem Beurlaubtenstande zum Dienst einberufenen Mannschaften dem aktiven Heere angehörten, und zwar bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung. Daß die Einbeorderung zur Kontrollversammlung eine Einberufung zum Dienste darstelle, könne „nicht bezweifelt werden", sei auch in § 26 der Disziplinarstrafordnung ausdrücklich anerkannt. Ebenso RG. in StrS 14,328. Dieser Auffassung folgten das Preußische General-Auditoriat und die Heerord-

nung, später auch das Reichsmilitärgericht 2.59 und 71.; 3.29. 6.74, 78 und 267.

2. Gegen dies Ergebnis, nach welchem unter Umständen Wirtshausschlägereien nach beendeter Kontrollversammlung als tätliches Vergreifen am Vorgesetzten zu bestrafen sind, gemeinschaftliche Körperverletzung eventuell als militärischer Aufruhr mit mindestens 5 Jahren Zuchthaus, wendet sich de lege ferenda die sehr beachtenswerte Abhandlung von Endres: Der Kontrollversammlungstag als aktiver Heeresdienst, Jahrbücher für die deutsche Armee und Marine 1906 S. 557—566. Es wird dort gezeigt, wie die Zugehörigkeit zum aktiven Heer außerhalb der Kontrollversammlung selbst überflüssig hart, unter Umständen geradezu schädlich wirke und mindestens eine Kenntlichmachung der an der Kontrollversammlung teilnehmenden Personen nach ihrem Dienstgrade durch Abzeichen erfordere, in deren Ermangelung ein Beweis der Kenntnis der Vorgesetztenschaft meist nur gegen die ehrlichen Leute zu führen sei. Es kann hinzugefügt werden, daß die Mannschaften sich nach Beendigung der Kontrollversammlung trotz aller Belehrungen nicht mehr als aktive Soldaten fühlen, ein Umstand, der nach der Praxis des RMG. 3,29; 6,267 als Rechtsirrtum unberücksichtigt bleibt, was doch auch eine Unbilligkeit in sich schließt. (Vgl. mein: Notwehr und Waffengebrauch des Militärs 1906. S. 50—53.). Es wird daher von Endres, der de lege lata vom Standpunkt der bisherigen Theorie trotz mancher Bedenken nicht abweichen will, eine Änderung des § 38 B 1 RMG. dahin befürwortet, daß bei Kontrollversammlungen nur die Zeit von der Stellung bis zur Wiederentlassung für die Zugehörigkeit zum aktiven Heere in Frage komme.

3. Die geforderte Änderung erweist sich als unnötig, wenn man die Kontrollversammlungen als Dienst im weiteren Sinne des § 6 MStrGB., als Dienst während des Beurlaubtenverhältnisses auffaßt. Dazu führt die Betrachtung des Zweckes der Kontrollversammlungen. Es handelt sich hier nicht um die jährlichen Übungen, notwendigen Verstärkungen und Mobilmachungen, welche nach § 6 Abs. 5 des Wehrgesetzes (zu Beginn des Aufsatzes abgedruckt) zur Zurücknahme der Beurlaubung führen. Die Mannschaften werden nicht „zu den Fahnen“ einberufen. Sie leisten keinen Waffendienst, werden auch nicht eingekleidet. Zweck der Kontrollversammlungen ist, wie schon der Name sagt, lediglich die Kontrolle der Beurlaubten. Diese sind nach § 15 Abs. 1 WG. w ä h r e n d d e r B e u r l a u b u n g den zur Ausübung der militärischen Kontrolle erforderlichen Anordnungen unterworfen. Zur Kontrolle gehören nach § 57 Abs. 3 RMG., §§ 1 und 2 des Kontrollgesetzes vom 15. Februar 1875 die Versammlungen, in denen festgestellt wird, ob wirklich und körperlich noch „alle da sind“ und die Meldungen beim Orts- und Wohnungswechsel. Endlich heißt es hier nicht wie § 6 Abs. 5 WG. und § 38 B 1 RMG. „zum Dienst einberufen“, sondern „zu Kontrollversammlungen zusammenberufen (§ 1 Kontrollgesetzes).

Die Anwesenheit bei der Kontrollversammlung ist also zwar Dienst, nicht nur dienstlicher Verkehr nach § 113 MStGB., aber Dienst während des Beurlaubtenverhältnisses. Die Konsequenzen ergeben sich von selbst. Das Militärstrafgesetz findet gemäß § 6 MStGB. Anwendung nur während der Anwesenheit bei der Kontrollversammlung, nicht vorher und nachher. Nichterscheinen zur Kontrollversammlung ist strafbar als Ungehorsam nach §§ 113, 92 MStGB., event. als erschwerter Ungehorsam nach § 93

Digitized by Google

daselbst, falls dadurch ein erheblicher Nachteil verursacht wurde, nicht aber als unerlaubte Entfernung oder gar Fahnenflucht nach §§ 64, 69 MStGB. Vgl. RG. in Strafs. 23.81, RMG. 1.19, 5.167, 221, welche das Nichterscheinen zu Übungen behandeln.

4. Dies aus den die Heeresverfassung regelnden Gesetzen und dem Zwecke der Kontrollversammlung gewonnene Ergebnis stimmt völlig überein mit dem früheren Preußischen Recht, wie es oben bereits dargestellt ist. Der schon erwähnte § 7 der Preußischen MStGO. läßt zu Ziff. 2 bei Einberufung zu den größeren Übungen den Militärgerichtsstand — und damit die Geltung des Militärstrafgesetzes — beginnen mit dem Anfang des bezeichneten Gestellungstages und enden mit Ablauf der Tages der Wiederentlassung. Ob der Einberufung Folge geleistet wird oder nicht, ist gleich. (RMG. 5.221.) Dagegen findet nach Ziff. 3 des § 7 bei Einberufung „zu den kleineren Übungen oder zu anderen dienstlichen Zwecken", worunter zweifellos auch die Kontrollversammlungen fallen, der Militärgerichtsstand nur für die Dauer der — tatsächlichen — „Anwesenheit im dienstlichen Verhältnis" statt.

Ebenso unterscheidet die Preußische Disziplinarstrafordnung vom 21. Okt. 1841 zwischen Mannschaften, die infolge Einberufung zum aktiven Heere gehören — § 32 —, und den Beurlaubten „während der Dauer" der „durch die Dienstordnung vorgeschriebenen kleineren Versammlungen" und der Dienstverrichtungen bei „Einberufung einzelner zu einem bestimmten Dienstzweck" ohne die Verpflegungskompetenz. Die „kleineren Versammlungen" sind in erster Linie die Kontrollversammlungen. § 33 Ziff. 2 und 3 das.

Der § 26 der jetzt geltenden Disziplinarstrafordnung bestimmt:

> Ist eine zur Disziplinarbestrafung geeignete Handlung von im Dienst befindlichen Mannschaften des Beurlaubtenstandes während der Dauer einer Kontrollversammlung oder während eines anderen Dienstes, für welchen die Verpflegungskompetenz nicht gewährt wird, begangen, so darf usw.

Man sieht, auch hier ist die Kontrollversammlung mit dem kleinen Dienst während des Beurlaubtenstandes zusammengestellt und dadurch vom aktiven Dienst unterschieden. Entscheidendes Gewicht kann natürlich auf die Disziplinarstrafordnung mit ihren mannigfachen Unstimmigkeiten nicht gelegt werden. Soviel ergibt sich aber doch, daß sie ganz mit Unrecht zu Gunsten der gegenteiligen Auffassung zitiert wird.

5. Das Ergebnis ist also: Kontrollversammlungen sind Dienst im Beurlaubtenverhältnis, der während der tatsächlichen Dienstpräsenz, nicht bei Fortbleiben und nicht außerhalb der Dauer der Anwesenheit, die Unterstellung unter das Militärstrafgesetzbuch nach § 6 des Gesetzes zur Folge hat.

Dies Ergebnis ist nach den Ausführungen von Endres im militärischen Interesse gelegen. Aber auch wenn man das bezweifelt, auskommen läßt sich sicher damit. Jedenfalls ist die weitere Auffassung des § 6 MStGB., wie das Reichsmilitärgericht mit Recht ausführt, im allgemeinen im Interesse der militärischen Disziplin gelegen. Und wenn man ein Prinzip einmal aufstellt, so muß man es auch da anwenden, wo die erstrebten Vorteile weniger mit Händen zu greifen sind. Es geht natürlich nicht an, sich

überall das Beste, oder was man als das Strengste auch für das Beste hält, herauszusuchen. Demgemäß ist auch wohl zu hoffen, daß das Reichsmilitärgericht bei nächster Gelegenheit die Konsequenz aus seiner Entscheidung 9.178 und dem dort aufgestellten Prinzip ziehen wird.

Der Wert der Schriftvergleichung für das Strafverfahren.

Von Dr. jur. Hans Schneickert, Berlin.

Die Handschrift ist — abgesehen vom prozessualen Urkundenbeweis — sehr oft eine jener scheinbaren Nebensächlichkeiten, die nur ein erfahrener Kriminalist nie zu übersehen pflegt, weil ihm solche Nebensächlichkeiten schon wiederholt den richtigen Weg zu weiteren Entdeckungen gezeigt haben. In Fällen, in denen einer Schriftidentifikation eine ausschlaggebende Entscheidung für den Fortgang und Ausgang eines Strafverfahrens beigelegt wird, kommt der Richter oft in die schwierige Lage, den Wert eines von der Verteidigung angefochtenen Sachverständigengutachtens richtig abzuschätzen. Und je mehr Sachverständige, zumal mit verschiedenen Meinungen, auftreten, desto schwieriger wird die Lage für den Richter, der sich dann vielleicht nur durch die Majorität der Sachverständigen zu einem Urteilsspruch bestimmen läßt, ohne sich je selbst von dessen Richtigkeit überzeugen zu können. Doch dies mögen die Ausnahmefälle sein, denn in der Regel werden dem Gericht ja noch weitere Indizien zu Hilfe stehen.

Wie kommt es nun, daß der Beweis durch Schriftvergleichung im allgemeinen noch sehr gering eingeschätzt wird? Weil man von der gerichtlichen Schriftexpertise ebenso einwandfreie Untersuchungsmethoden verlangt, als sie bei anderen Spezialwissenschaften vorhanden sind, und weil ihre Mißerfolge viel strenger registriert und den Schriftsachverständigen häufiger zum Vorwurf gemacht werden, als es auf anderen Sachverständigengebieten geschieht. Einsichtsvolle Menschen wissen aber, daß Mißerfolge größtenteils nur der Person des Gutachtens zuzuschreiben sind und verkennen dabei nicht den Wert der Sache an sich, der ihnen durch Erfolge in anderen ähnlichen Fällen genügend bewiesen ist. Die Feinde der gerichtlichen Schriftvergleichung gehen daher zu weit, wenn sie deren völlige Ausschließung aus der Zahl der gerichtsfähigen Indizienbeweise verlangen. Dahin wird es aber nie kommen, solange noch Handschriften mißbraucht und verbrecherischen Zwecken dienstbar gemacht werden.

Das gesetzlich anerkannte Beweismittel der Schriftvergleichung ist nicht nur schon sehr alt, wie z. B. auch der Art. 300 des Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern, II. Teil, vom Jahre 1813 beweist, es wird auch aus unseren zukünftigen Strafprozeßgesetzen nie verschwinden. Auch die „Kommission zur Reform des Strafprozesses" hat bis jetzt noch keine Veranlassung genommen, an der Bestimmung des § 93 unserer StPO. zu rütteln.

An drei typischen Beispielen will ich hier die Notwendigkeit und den Wert der Schriftvergleichung für das strafprozessuale Ermittlungsverfahren beleuchten.

Digitized by Google

1. Fall. Der Arbeiter A verfaßt ein gemäß § 110 StGB. strafbares Schriftstück, in dem er seine Arbeitskollegen zum Vertragsbruch auffordert und den Arbeitgeber bedroht. Dieses Schriftstück klebt er abends an die Fabriktür seines Arbeitgebers. Die gegen A erhobene Beschuldigung stützt sich auf die Aussagen des Zeugen B, der ihn beim Ankleben beobachtet haben will, und des Zeugen C, der ihm in der Nähe der Fabrik zur fraglichen Zeit begegnet sein will. A bestreitet die Täterschaft; die Zeugen werden durch Einwendungen, daß in der Dunkelheit ein Irrtum in der Person zu leicht möglich sei usw., in ihren Aussagen wankend. Die Schriftvergleichung ist hier unumgänglich notwendig und wird, falls sie positiv ausfällt, als unterstützendes Indicium zur Verurteilung ausreichen, falls sie negativ ausfällt, können auch die Zeugenaussagen einen Freispruch kaum verhindern.

2. Fall. Der Provisionsreisende A sammelt Lieferungsaufträge, indem er die von ihm ausgefüllten Bestellformulare durch Kauflustige unterschreiben und sich Anzahlungen machen läßt. Die Verträge sind ungültig, da A von keiner Firma beauftragt oder ermächtigt ist, Bestellungen entgegenzunehmen; es war ihm vielmehr nur um die betrügerisch erlangten Anzahlungen zu tun. A wird auf Veranlassung eines Geschädigten, der ihn wiedererkennt, verhaftet, bestreitet aber und wird von den übrigen Geschädigten bei der Konfrontation nicht bestimmt wiedererkannt, da er andere Kleidung und einen anderen Bart trägt. Auch hier würde kein Richter auf die Schriftvergleichung verzichten können und ihr vor den unsicher aussagenden Rekognoszenten gewiß den Vorzug geben.

3. Fall. Der wegen Diebstahls zweimal vorbestrafte A entwendet dem arbeits- und obdachlosen Vagabunden B die Legitimationspapiere und legt sich bei Ergreifung wegen eines neuen Diebstahls dessen Namen bei, um nicht wegen Rückfalldiebstahls bestraft zu werden, ein Fall, der nicht selten vorkommt. Er wird wegen einfachen Diebstahls verurteilt und verbüßt als B die Strafe. Inzwischen sind die Papiere des B als gestohlen gemeldet und der jetzige Inhaber deshalb angehalten worden. Der angebliche B wird der Polizei eingeliefert, verweigert aber alle Angaben über seine Person und Vorstrafen, mit Ausnahme der letzten Diebstahlsstrafe, da er den weiteren Inhalt der polizeilichen Personalakten des richtigen B nicht kennt. Meßkarten des A und B sind am Ergreifungsort nicht vorhanden, so daß er vorerst nicht identifiziert werden kann und mangels Verdachtes einer strafbaren Handlung wieder entlassen werden müßte. Die vorhandenen Personalakten des B enthalten aber einige Protokollunterschriften des B. Die Aufnahme von Schriftproben des angeblichen B und deren Vergleichung mit den authentischen Unterschriften des B werden vorerst allein den Verdacht des Diebstahls (der Papiere) und der intellektuellen Urkundenfälschung (wegen der unter falschem Namen verbüßten Diebstahlssrafe), sowie der Übertretung des § 360^8 StGB. begründen können.

Gerade in diesem letzteren Falle wird das Beweismittel der Schriftvergleichung noch viel zu wenig beachtet.

Daß es nun Fälle gibt, in denen auch die Schriftvergleichung keine Aufklärung verschafft oder die Beweiskraft bisher gefundener Indizien abzuschwächen droht, ist eine zu einem besonderen Vorwurf keineswegs geeignete, alte Tatsache, die sich so oft in einem Strafermittlungsverfahren ja auch bei anderen Beweismitteln wiederholt.

Digitized by Google

Ich gehe nun über zu den Methoden der gerichtlichen Schriftuntersuchung.

Wenn ich von Schriftuntersuchungsmethoden spreche, so verstehe ich darunter zunächst nichts anderes als die zur eingehenden Prüfung zweifelhafter beweiserheblicher Schriftstücke erforderlichen und geeigneten Hilfsmittel, die der heutigen gerichtlichen Schriftexpertise zu Gebote stehen. Wer unter „Schriftexpertise" nur an Handschriftvergleichung oder gar an Graphologie (Handschriftendeutungskunde) denkt, der ist eben zu wenig mit den Aufgaben und denMethoden der Schriftuntersuchung vertraut.

Je nach Inhalt, Form und Zustand eines beweiserheblichen Schriftstückes werden die Aufgaben und daher auch die Methoden der Schriftuntersuchung andere sein. Wir können fünf Hauptarten von beweiserheblichen Schriftstücken unterscheiden:

1. Echte, aber inhaltlich falsche Urkunden; z. B. intellektuelle Urkundenfälschungen, inhaltlich falsche Atteste u. dgl.

2. Echte, aber inhaltlich abgeänderte, sogen. „verfälschte" Urkunden; z. B. Verträge mit nachträglich rechtswidrig vorgenommenen Zusätzen oder Entfernungen (Radierungen).

3. Schriftstücke, die sowohl inhaltlich, wie auch unterschriftlich falsch sind; z. B. schriftliche falsche Anschuldigungen unter Mißbrauch des Namens eines Dritten, gefälschte Bestellscheine und dergl.

4. Schriftstücke, deren Ursprung (Urheberschaft) für ein Strafverfahren von Wichtigkeit ist, also alle anonymen oder pseudonymen Beleidigungsschriften, schriftliche Aufzeichnungen, die am Tatort aufgefunden werden und zur Ermittlung des Täters geeignet sein können usw.

5. Schriftstücke, denen ein Antiquitätswert beigelegt wird. Die Schriftuntersuchung hat sich hier also darauf zu erstrecken, ob z. B. ein Autogramm, das einem Antiquitätenbetrug zu Grunde gelegt wird, echt oder gefälscht ist.

Eine Schriftuntersuchung und Begutachtung wird nur in den unter Ziffer 2 bis 5 aufgezählten Fällen von unseren Sachverständigen erfordert. Welchen Sachverständigen werden nun diese Aufgaben gestellt? Je nachdem eine chemische, photographische oder graphologische Schriftuntersuchung geboten erscheint, wird es sich in der Regel um verschiedene Sachverständige handeln. Es gibt Sachverständige, die alle hier in Frage stehenden Schriftuntersuchungen erledigen oder sie wenigstens versuchen; andere wieder beschränken sich auf ein bestimmt abgegrenztes Gebiet und lehnen weitergehende Untersuchungen und Begutachtungen mangels besonderer einschlägiger Kenntnisse ab. Das sind aber Fragen des Einzelfalles, die dem Auftraggeber keine Schwierigkeiten machen, wenn er dieLeistungen der zur Verfügung stehenden Sachverständigen genauer kennt. Im übrigen muß es dem Sachverständigen überlassen bleiben, die im Einzelfalle in Betracht kommenden Schriftuntersuchungen selbst vorzunehmen oder als nicht für ihn geeignet abzulehnen.

Sachlich unterschieden gibt es also drei Hauptarten von Schriftuntersuchungen:

1. Die chemische Untersuchung, soweit das Schreib- und Fälschungsmaterial zu unterscheiden ist.

2. Die photographische (einschließlich mikrophotographische) Untersuchung, soweit Radierungen, Überschreibungen, Überklecksungen und latente Schriftübertragungen durch Kontakt (von beschriebenen und unbeschriebenen Papierflächen) zu prüfen sind.

Selbstverständlich erstreckt sich diese wie die vorige Methode auch auf Untersuchungen von Schriften anderer Art, wie Maschinen-, Druck-, Stempelschriften u. dgl.

3. Die graphologische Untersuchung nach den in der Graphologie geltenden Grundsätzen, ausschließlich jedoch der charakterologischen Handschriftenbeurteilung. Ihr ausschließliches Gebiet sind die oben unter Ziffer 4 erwähnten Fälle; ein weiteres Arbeitsgebiet fällt den Graphologen zu bei Prüfung und Begutachtung von Antiquitätsschriften, und zwar neben den Archivaren, sowie bei Urkundenfälschungen neben dem Chemiker.

Zuständigkeitsstreitigkeiten kommen hier natürlich ebenso häufig vor, wie z. B. zwischen Chemikern und medizinischen Sachverständigen, berühren aber die Sache selbst nicht und beruhen vielfach nur auf Gelehrtendünkel.

Diese drei Hauptfälle sind aber nicht so scharf abzugrenzen, daß ein Ineinandergreifen aller drei Untersuchungsmethoden immer ausgeschlossen wäre.

Am meisten angefeindet ist die dritte Untersuchungsmethode, die eigentliche Schriftvergleichung. Man macht ihren Vertretern den Vorwurf, daß sie entweder zu viel oder zu wenig System in ihren Arbeitsleistungen haben. Es genügt oft schon die Anwendung des Wortes „Wissenschaft" seitens des Schriftsachverständigen, um die Flammen des Vernichtungskampfes auflodern zu lassen. Über eine solche vom Parteistandpunkte aus wohl begreifliche Bekämpfung der Arbeitsmethoden einzelner „Schriftsachverständigen" wollen wir aber hier kein Wort verlieren; es ist anderen Orts ja schon so viel darüber gesprochen und geschrieben worden, ohne daß es die Sache bis jetzt aus der Welt geschafft hätte. Soviel sei aber hier gesagt, daß es „Schriftsachverständige" gibt, die nicht nur viele Erfolge bei Ausübung der Schriftexpertise aufzuweisen haben, sondern auch mit einer allgemein verständlichen Methode ans Werk gehen. Diese haben es sich auch zur Aufgabe gemacht, die zweifellos noch vorhandenen Mängel der heutigen Schriftexpertise zu bekämpfen und durch geeignete Reformvorschläge den richtigen Weg zur Besserung zu zeigen. Es sei mir gestattet, hier auf meine „Beiträge zur Reform der gerichtlichen Schriftexpertise" zu verweisen, die unter dem Titel „Die Bedeutung der Handschrift im Zivil- und Strafrecht" im Verlage von F. C. W. Vogel in Leipzig erschienen sind und von der „Handschrift" in ihren juristischen, wie rein kriminellen und sachverständig-technischen Beziehungen handeln; ferner auf das von dem gerichtlichen Schriftsachverständigen Dr. Georg Meyer und mir begründete „Archiv für gerichtliche Schriftuntersuchungen und verwandte Gebiete", dessen 1. Heft vor kurzem im Verlag von Barth, Leipzig, erschienen ist.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert.

GVG. § 62. Die in der Geschäftsordnung (Geschäftsverteilungsplan) zwar als ständige Mitglieder einer Kammer bezeichneten, aber nur im Bedarfsfalle zu den öffentlichen Sitzungen heranzuziehenden Richter sind in Wirklichkeit als Stellvertreter zu betrachten und zu behandeln.

I. StrS. U. v. 30. Oktober 1907 g. R. 1 D. 662/07.

Aus den Gründen: Die Revision führt Beschwerde, daß das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei. StPO. § 377, 1; Landgerichtsrat Dr. St., nicht Landgerichtsrat R., hätte in der Hauptverhandlung den Vorsitz führen müssen.

Die Rüge beschränkt sich demnach darauf, daß Landgerichtsrat Dr. St. nicht als Vorsitzender tätig geworden sei.

Nach der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer I waren an der Teilnahme der Sitzung vom 8. Mai 1907 neben diesem selbst die zwei ältesten Mitglieder, sowie ein weiteres Mitglied, verhindert, so daß Landgerichtsrat Dr. St., der nach der Geschäftsordnung zwar ständiges Mitglied der Kammer, aber nur im Bedarfsfalle zu den öffentlichen Sitzungen heranzuziehen ist, zur Mitwirkung bestimmt werden mußte.

Die Dienstheranziehung an und für sich wird nicht als gesetzwidrig angegriffen; sie war infolge der verschiedenen Verhinderungen geboten. Die vorgesehene Reihenfolge wurde eingehalten; gegen die Gesetzlichkeit dieser Anordnung besteht kein Bedenken und ist auch keines erhoben.

Aber selbst in ihrer Begrenzung erscheint die Beschwerde nicht begründet. In Wirklichkeit sind die „nicht mit Nummern" versehenen Mitglieder der Strafkammer I als Stellvertreter zu betrachten und zu behandeln; deshalb hatte Landgerichtsrat R. als ältestes ständiges Mitglied den Vorsitz zu führen, nicht der zu den Stellvertretern gehörige Landgerichtsrat Dr. St. (Entsch. **1** 240.) Wäre dieser Richter aber als ständiges Kammermitglied anzusehen und deshalb zum Vorsitz berufen gewesen, so war er doch zu der gegebenen Zeit durch andere dienstliche Geschäfte an der eine eingehende Vorbereitung voraussetzenden Übernahme des Vorsitzes verhindert. Zur Teilnahme als Beisitzer war er imstande. Auch dann würde ein derartiger Wechsel nicht gegen die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes verstoßen. Wie das Reichsgericht — Entsch. **10** 318; **18** 302 u. a. — ausgesprochen hat, kann im Falle einer Verhinderung der Vorsitzende den Vorsitz an den dienstältesten Richter abgeben und selbst als Beisitzer tätig werden. Eine solche Verhinderung lag vor.

Mag man der Geschäftsverteilung und Kammernbildung des Landgerichts die eine oder die andere Deutung geben, im einen, wie im anderen Falle blieb das Gerichtsverfassungsgesetz § 65 unverletzt.

Die Revision mußte hiernach verworfen werden.

StPO. §§ 3, 13 Abs. 1. Der Gerichtsstand des Zusammenhangs für die Strafverfolgung der verantwortlichen Redakteure mehrerer Zeitungen kann durch die übereinstimmende, wenn auch von einander unabhängige Aufnahme und Verbreitung der ihnen von demselben Korrespondenten zugegangenen strafbaren Kundgebung begründet werden.

III. Str.S. U. v. 4. November 1907 g. P. u. Gen. 3 D 659/07.

Aus den Gründen: Wenn das Landgericht den Gerichtsstand des Zusammenhanges für begründet erachtet und deshalb den von Z. erhobenen Einwand der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts verworfen hat, so kann dieser Auffassung nicht entgegengetreten werden. Der durch Mitwirkung mehrerer Täter bei einer strafbaren Handlung begründete Zusammenhang setzt ein Ver-

Digitized by Google

hältnis im Sinne des § 47 des StGBs. nicht voraus. (Entsch. **25** 15.) Dagegen wird die Einheit der Straftat erfordert, die nicht ersetzt wird durch die Gleichartigkeit der von mehreren Personen begangenen strafbaren Handlung. Ob dieses Erfordernis gewahrt ist, unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts, die indes in der tatsächlichen Fetsstellung des Instanzrichters ihre Grundlage und Schranke findet. Nach der Feststellung des vorliegenden Urteils ist beiden Angeklagten die Erklärung eines sogenannten Korrespondenten zugegangen, die jeder von ihnen in seiner Zeitung wörtlich zum Abdruck gebracht hat. Durch diese Veröffentlichung sollen beide eine und dieselbe, in jener Erklärung enthaltene beleidigende Tatsache mit bezug auf einen dritten verbreitet haben. Von diesem Gesichtspunkte betrachtet unterscheidet der Fall sich nicht wesentlich von dem der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts zu grunde liegenden. Beide Angeklagte haben, wie dort bei der Verbreitung einer und derselben Druckschrift, hier bei Verbreitung einer und derselben Kundgebung (Korrespondenz) und der darin enthaltenen beleidigenden Tatsache mitgewirkt. In einem solchen Falle kann es nicht grundsätzlich für rechtsirrig erachtet werden, das Vorliegen einer einheitlichen Straftat anzunehmen. Die Einheit der Kundgebung vermittelt den von der Revision vermißten Zusammenhang des strafbaren Handelns der Angeklagten. Beim Hinzutritt des Merkmals des bewußten und gewollten Zusammenwirkens würde die rechtliche Möglichkeit bestehen, in einem Verhalten dieser Art eine Mittäterschaft im Sinne des § 47 des Strafgesetzbuchs zu erblicken. Da es hier auf dieses Erfordernis nicht ankommt, ist auf den in der Revision erwähnten Umstand, daß die Angeklagten unbeeinflußt und unabhängig von einander gehandelt haben, kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen. Daß jeder der beiden, sonst übereinstimmenden Zeitungsaufsätze mit verschiedener Überschrift versehen war, insofern also eine Abweichung der Begehungsart besteht, ist gleichfalls für die Anwendung des § 3 der Strafprozeßordnung ohne Belang.

PreßG. v. 7. Mai 1874 § 17. Zum Begriff der „Kundgabe" der Anklageschrift in öffentlicher Verhandlung und der „Veröffentlichung" der Anklageschrift durch die Presse.

III. StrS. U. v. 4. November 1907 g. M. 3 D. 552/07.

Aus den Gründen: 1. Die Annahme, daß die Anklage durch die Vorhaltungen, welche der Vorsitzende „an ihrer Hand" bei der Vernehmung der beiden Angeklagten gemacht, im Sinne des § 17 des Preßgesetzes bereits kundgegeben worden sei, ist rechtsirrig. Wenn das Gesetz a. a. O. die Veröffentlichung der Anklageschrift erst für den Fall als zulässig erachtet, daß die Anklage in öffentlicher Verhandlung kund gegeben worden oder das Verfahren sein Ende erreicht hat, eine vorzeitige Veröffentlichung im übrigen aber unter Strafe stellt, so will es unter dem Ausdrucke Kundgebung offenbar etwas anderes und etwas mehreres verstanden wissen, als ein bloßes Verhandeln auf Grund oder „an der Hand" der Anklageschrift. Bei Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, daß es der Zweck der Bestimmung ist, die Unbefangenheit der bei den Strafverhandlungen beteiligten Personen zu schützen, und vor allem der Gefahr vorzubeugen, daß nach vorzeitiger Veröffentlichung der Anklage Zeugen „Einflüsterungen, Vexationen und Insinuationen" ausgesetzt würden. Mit Energie machte der Reichstagsabgeordnete Schwarze gerade diesen Gesichtspunkt geltend. (Verhandlungen des RT. über den Entwurf des Reichspreßgesetzes, 21. Sitzung vom 21. März 1874, Mat. zu dem PreßG. vom 7. Mai 1874 S. 455 ff.) Der Zweck des Gesetzes würde nun nicht erreicht werden, falls die Veröffentlichung der Anklageschrift schon dann gestattet wäre, wenn „an ihrer Hand" mit den Angeklagten mehr oder weniger eingehend verhandelt worden; jedenfalls läge das nicht im Sinne des Gesetzes. Allerdings wird auch bereits eine solche Verhandlung den Berichterstatter in die Lage setzen, ein Bild der Sachlage zu geben; aber jedenfalls wird ein solches Referat nach außen hin nicht die gleiche Wirkung erzielen können wie die Veröffentlichung der Anklageschrift selbst, schon deswegen nicht, weil es keine Garantie dafür zu bieten vermöchte, daß es die stattgehabten Ermittelungen so vollkommen und so zutreffend wiedergibt, wie das bei der Anklageschrift der Fall ist. Seiner Tendenz nach will das Gesetz die Bedingungen, unter denen es die Veröffentlichung der Anklageschriften zulassen mag sichtlich derart gesetzt haben, daß den Gefahren, die überhaupt bekämpft werden sollen, auch wirklich möglichst vorgebeugt wird. Daher ist im letzten Ende die Veröffentlichung nach beendetem Verfahren als statthaft erachtet worden, und daher ist auch unter dem Merkmale „Kundgebung der Anklageschrift" ohne

Digitized by Google

Zweifel ein Vorgang gedacht worden, der die Freigabe des ganzen Inhaltes in unveränderter Form bewirkt, und so die Veröffentlichung der Anklage schon in der Verhandlung selbst zur Folge hat. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß das Preßgesetz zu einer Zeit gegeben wurde, als die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877 noch nicht vorhanden war, vielmehr noch die Partikulargesetze in Geltung waren, von denen insbesondere die Preußische Verordnung vom 2. Januar 1849 die Verlesung der Anklage in der Verhandlung ausdrücklich vorsah. So darf es auch nicht befremden, daß der § 17 a. a. O. unter der Kundgebung der Anklageschrift einen Akt im Auge hat, der im Verfahren, wie es die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 regelt, überhaupt keine Stelle hat, und man darf also auch nicht zurückschließen, daß, weil letzteres nicht der Fall ist, auch der Ausdruck Kundgebung in § 17 nicht die ihm vorliegend beigelegte Bedeutung haben kann. Man hat eben den § 17 vom Stande der damaligen und nicht der gegenwärtigen Gesetzgebung aus auszulegen.

Die Revision behauptet sonach mit Recht, daß der Vorderrichter den fraglichen Begriff verkannt hat. — Entsch. **28** 411.

2. Nach den weiteren Feststellungen des Vorderurteils ist die Anklageschrift mit der Einleitung:

„Der Anklage, wegen Fahrlässigkeit eine Körperverletzung verschuldet zu haben, liegt folgender Tatbestand zu Grunde:"

hinsichtlich des Sachverhaltes bis auf einige ganz unbedeutende stilistische Abänderungen wörtlich veröffentlicht worden. Diese Art der Veröffentlichung erfüllte die an eine solche vom Gesetz angenommenen Voraussetzungen völlig. Wenn das Vordergericht darauf Gewicht legt, daß die Anklage nicht „als solche" veröffentlicht worden sei, mithin es anscheinend vermißt, daß die Veröffentlichung als eine solche „der Anklageschrift" bezeichnet sei, so beruht das auf einem Mißverstehen des Gesetzes; dieses stellt ein derartiges Erfordernis keineswegs auf. An sich war, zumal auf Grund der Einleitung, der Inhalt der Veröffentlichung als Inhalt der Anklageschrift sehr wohl erkennbar, und ob die Redaktion der Zeitung und andere Persönlichkeiten einen entsprechenden Eindruck nicht gehabt haben, ist unwesentlich. — Entsch. **22** *273*, **26** *79*, **28** 416.

Der Revision der Staatsanwaltschaft mußte sonach stattgegeben werden.

StGB.* § *227 Abs. 1. Über das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Erfordernisses, daß die an der Schlägerei Beteiligten nicht ohne ihr Verschulden hineingezogen worden sind, muß sich der Tatrichter jedenfalls besonders aussprechen.

V. StrS. U. v. 5. November 1907 g. D. u. Gen. 5 D 666/07.

Aus den Gründen: Der Revision war stattzugeben.

Weder in der s. g. Schlußfeststellung noch sonst im angefochtenen Urteil ist mit einem Worte des im gesetzlichen Tatbestande des § *227* Abs. 1 StGB. enthaltenen Erfordernisses gedacht worden, daß die an der Schlägerei Beteiligten „nicht ohne ihr Verschulden hineingezogen worden sind". Gleichviel, wie dieses Erfordernis rechtlich zu beurteilen sein mag, ob es Tatbestandsvoraussetzung oder seine Verneinung besonderer Straf- oder Schuldausschließungsgrund ist, was hier ganz unerörtert bleiben kann; jedenfalls muß sich der Tatrichter, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, in seinem Urteil über das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieses Erfordernisses besonders aussprechen. Dies darf auch nicht lediglich in der Weise geschehen, daß in dem Urteile die Worte des Gesetzes wiederholt werden. Vielmehr muß erkennbar gemacht werden, welche festgestellten Tatsachen es sind, durch die der Richter für nachgewiesen erachtet, daß die Hineinziehung der Beteiligten nicht ohne ihr eigenes Verschulden erfolgt ist. Nur so läßt sich eintretendenfalls beurteilen, ob die Strafkammer bei der Feststellung oder Verneinung des Erfordernisses von rechtlich einwandfreien Gesichtspunkten geleitet worden ist. Zwar ist im angefochtenen Urteile festgestellt, daß die Angeklagten — D. und P. — weder zuerst angegriffen worden seien, noch sich im Zustande der Notwehr befunden hätten. Hieraus folgt aber nicht mit Rechtsnotwendigkeit, daß die Angeklagten nicht ohne ihr Verschulden in die Schlägerei hineingezogen worden sind. Rechtlich ist es vielmehr denkbar, daß ein solches unverschuldetes Hineinziehen auch ohne voraufgegangenen Angriff von der Gegenpartei stattfindet, beispielsweise wenn von ihr erhebliche Reizungen anderer Art ausgegangen sind. Ob dies im Einzelfalle anzunehmen ist, oder ob ein verschuldetes Hineingezogenwerden vorliegt, ist zunächst Sache tatrichter-

Digitized by Google

licher Prüfung und Würdigung, woran es im gegebenen Falle fehlt. (Rechtspr. **9** 584; **10** 627, 668.)

Dieser Mangel mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen und zwar, da der einzige Mitangeklagte P. gleichfalls aus § *227* StGB. verurteilt worden ist, gemäß § *397* StPO. auch zu dessen Gunsten. (Entsch. **16** 417, 419 f.)

StGB. § 164. Ein Bataillonskommandeur ist als „Behörde" anzusehen.

IV. StrS. U. v. 5. November 1907 g. L. 4 D 663/07.

Aus den Gründen: Zu Unrecht bestreitet der Beschwerdeführer, daß ein Bataillonskommandeur als „Behörde" im Sinne des § 164 des Strafgesetzbuchs zu erachten sei.

Nach § 151 Abs. *2* der Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 (RGBl. S. 1189 ff.) können Anzeigen strafbarer Handlungen gegen Personen, welche der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehen, durch Personen, welche nicht zu den Personen des Soldatenstandes oder den Militärbeamten gehören, bei der vorgesetzten Dienst**behörde** des Beschuldigten angebracht werden. Wie § 153 daselbst ergibt, wird darunter der militärische Vorgesetzte, und zwar soweit er mit Disziplinarstrafgewalt versehen ist — vergl. v. Koppmann, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung Note 3 zu§ 151 und Note 4, 6 zu § 153 a. a. O.; Herz und Ernst, Strafrecht der Militärpersonen Seite 715 Note 1 zu § 153 Militär-Straf-Gerichtsordnung —, verstanden, und daß dies bei einem Bataillonskommandeur gegenüber den seinem Befehlsbereich untergebenen Offiziere zutrifft, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Ges. zur Bekämpf. des unlaut. Wettbewerbs v. 27. Mai 1896 §§ 13, 4. ***1. Ist die Publikationsbefugnis im Falle des § 4 irrtümlich dem Verletzten zugesprochen, so beschwert dies den Angeklagten; die von Amtswegen zu verfügende Veröffentlichung ist aber keine härtere Strafe als die dem Verletzten zugesprochene (StPO. § 398 Abs. 2), so daß in jenem Falle die Anordnung von Amtswegen zulässig bleibt. — 2. Unrichtigkeit für den flüchtigen Leser. — 3. „Ausverkauf aus einem Konkurse stammender Waren" als Angabe über die Art des Bezugs und der Bezugsquelle. Nachschiebungen.***

V. StrS. U. v. 15. November 1907 g. W. 5 D 792/07.

Aus den Gründen: Der Revision ist stattzugeben, insoweit sie sich dagegen wendet, daß der Vereinigung der Detaillisten der Manufakturwaren und verwandten Branchen die Befugnis zur öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Angeklagten zugesprochen ist. Diese Befugnis kann nach § 13 des Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 im Strafverfahren nur im Falle der Verurteilung aus **§ 7** des Gesetzes zuerkannt werden. In dem hier vorliegenden Falle der Verurteilung aus **§ 4** des Gesetzes kann dagegen das Gericht anordnen, daß die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen von Amtswegen öffentlich bekannt zu machen sei. Die öffentliche Bekanntmachung hat in beiden Fällen, der Verurteilung aus § 7 wie aus § 4 des Gesetzes, den Charakter einer Strafe, wenn sie auch im Falle des § 7 zugleich eine Genugtuung für den Verletzten bildet. Es gilt für die Bekanntmachung der Verurteilung gemäß § 7, 13 Abs. *2* UWG. das gleiche, wie für die Bekantmachung aus § 200 StGB. und aus §§ 14, 15, 19 Abs. *2* des Ges. zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, hinsichtlich welcher das Reichsgericht in den Entscheidungen **6** 180, **13** 319 (320), **14** 153 (158) **29** 44 (47), bezw. **35** 18 den Strafcharakter der dem Verletzten zugesprochenen Veröffentlichungsbefugnis anerkannt und in der erstangeführten Entscheidung eingehend begründet hat.

Die öffentliche Bekanntmachung erscheint auch nicht deshalb, weil sie von Amtswegen, übrigens nach dem Ermessen des erkennenden Gerichts, angeordnet wird, als eine härtere Strafe, wie die dem Verletzten zugesprochene Befugnis zur öffentlichen Bekanntmachung. Die gemäß § 13 Abs. *2* des Gesetzes auf Veranlassung des Verletzten erfolgende Bekanntmachung kann sogar, weil sie nur im Falle des § 7 des Gesetzes zulässig ist, dessen Strafbestimmungen schwerer sind als die des § 4, den Anschein einer schwereren Verfehlung des Verurteilten erwecken, als sie in der Tat vorliegt und somit härter wirken, als die von Amtswegen gemäß § 13 Abs. 1 bewirkte Bekanntmachung des Urteils.

Hiernach würde die gemäß §§ 4, 13 Abs. 1 UWG. erfolgende Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung keinen Verstoß gegen die Bestimmung des § 398 Abs. *2* StPO. (das Verbot der reformatio in pejus) begründen. Es ist daher nicht

schlechthin die der Vereinigung der Detaillisten zugesprochene Veröffentlichungsbefugnis in Wegfall zu stellen, sondern die Sache zur Verhandlung und Entscheidung darüber in die Vorinstanz zurückzuverweisen, ob von der in das richterliche Ermessen gestellten Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung gemäß § 13 Abs. 1 des Gesetzes Gebrauch zu machen ist.

Im übrigen ist dagegen die Revision unbegründet.

Der Vorwurf, daß der Vorderrichter den Begriff „unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben tatsächlicher Art" verkannt habe, trifft nicht zu.

Diese unwahren und zur Irreführung geeigneten Angaben erblickt das Landgericht in der in den öffentlichen Bekanntmachungen vom 11. und 25. August 1906 enthaltenen Ankündigung des Verkaufs der aus dem Konkurs H. & Sch. herrürenden Waren, weil der Angeklagte tatsächlich auch aus anderer Bezugsquelle stammende Waren zum Verkaufe stellte.

Das Landgericht erachtet die Unwahrheit dieser Ankündigung für nicht ausgeschlossen dadurch, daß darin der Zusatz „und anderer Waren" in kleiner Schrift sich befand. Es nimmt an, daß der D.er Generalanzeiger, in dem jene beiden Bekanntmachungen veröffentlicht worden sind, wegen seines billigen Preises viel in Arbeiter- und sonstigen wenig bemittelten Kreisen gelesen werde, daß derartige Leute erfahrungsgemäß die Anzeigen nicht genau bis ins einzelne läsen, sondern nur die ins Auge springenden Schlagworte, und daß bei dieser Art des Lesens die Worte „und andere Waren" wegen ihres überaus kleinen Druckes übersehen würden.

Das Landgericht befindet sich bei diesen Erwägungen in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Reichsgerichts. Entsch. in Zivils. **58** 129 und 292, Entsch. **38** 369 (371), wonach die Einsicht und Urteilsfähigkeit desjenigen Teils des Publikums zu berücksichtigen ist, an den die betreffenden Mitteilungen sich richten.

Die Ausführung der Revision, daß der Angeklagte mit einem bloß flüchtigen Lesen seiner Anzeigen nicht habe zu rechnen brauchen, scheitert an der Feststellung des Urteils, daß der Angeklagte als gewiegter Geschäftsmann wußte, daß bei der in den erwähnten Kreisen üblichen Art des Lesens jener Zusatz wegen des kleinen Druckes übersehen würde, und daß er gerade deshalb die beiden Anzeigen in der Art, wie es geschehen, habe drucken lassen. . . .

Unbegründet sind die Ausführungen der Revision, daß das Landgericht den Begriff des Ausverkaufs verkannt habe, und daß die geringe Menge der aus anderer Bezugsquelle als dem Konkurse der Firma H. und Sch. zum Verkaufe gestellten Waren der Annahme des Landgerichts, daß der Angeklagte unwahre und zur Irreleitung geeignete Angaben gemacht habe, entgegenstände. Zu Unrecht beruft sich die Revision in letzterer Hinsicht auf das Urteil des Reichsgerichts vom 21. September 1897 — Entsch. **30** 256 —. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils war von dem Angeklagten nicht ein Ausverkauf schlechthin, sondern ein Verkauf oder Ausverkauf der aus dem Konkurse der Firma H. und Sch. herrührenden Waren angekündigt. Daß dieser Verkauf einen Ausverkauf darstellte, kann nach dem erwiesenen Sachverhalt keinen Bedenken unterliegen, denn der Angeklagte war, wie das Landgericht feststellt, genötigt, das aus der Konkursmasse herrührende, in dem früheren Geschäftslokal der Firma H. und Sch. befindliche Lager innerhalb zweier Monate zu verkaufen. Wenn das Landgericht sagt, daß dieser Ausverkauf zum Zwecke der Beendigung des Geschäftsbetriebes im ganzen, nämlich des Geschäftsbetriebes der Firma H. und Sch. erfolgt sei, so ist zwar richtig, daß es sich bei dem vom Angeklagten betriebenen Verkaufe nicht mehr um die Beendigung des Geschäftsbetriebes der falliten Firma H. und Sch., sondern nur um den Vertrieb des von dieser Firma herstammenden Warenlagers handeln konnte. Es mag auch der Revision zugegeben werden, daß es sich nicht um einen Totalausverkauf im engsten Sinne des Wortes handelte. Immerhin aber handelte es sich, und zwar nicht bloß tatsächlich, sondern auch nach den Ankündigungen des Angeklagten, um den Ausverkauf des gesamten in dem Verkaufslokal befindlichen Warenlagers. Dies stellt das angefochtene Urteil fest, indem es sagt, daß der Angeklagte genötigt war, das Lager innerhalb 2 Monate zu verkaufen, daß es ihm sogar darauf angekommen sei, die Konkurswaren noch viel eher zu verkaufen, und daß, wer die Ankündigung eines Verkaufs von aus einem Konkurse herrührenden Waren liest, damit die Vorstellung verbinde, es handele sich um einen Ausverkauf dieser Waren, bei dem die Preise tunlichst herabgesetzt seien, um die Waren in möglichst kurzer Zeit zu veräußern. Schon hierdurch, daß es sich um den Verkauf des gesamten in dem betreffenden Geschäftslokal befindlichen Warenlagers handelte, unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem in den Entscheidungen **30** 256 behandelten Falle; denn dort

war nicht der Ausverkauf des gesamten Lagers, sondern nur der verschiedener nicht näher bezeichneter Artikel desselben angekündigt. Sodann aber handelte es sich, wie bereits hervorgehoben, im vorliegenden Falle — anders als in dem von der erwähnten Entscheidung betroffenen Falle — um den Ausverkauf der aus einem Konkurse stammenden Waren. Die Ankündigung eines derartigen Ausverkaufs enthielt, wie das Landgericht zutreffend annimmt, Angaben nicht nur über den Anlaß und den Zweck des Verkaufes, sondern auch über die Art des Bezuges und die Bezugsquelle der Ware, und zwar gerade auch in letzterer Beziehung eine Angabe solcher Art, welche den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken geeignet und vom Angeklagten bestimmt war.

Unter diesen Umständen kann es keinesfalls als rechtsirrtümlich angesehen werden, wenn das Landgericht die Zuführung anderer Waren zu dem angekündigten Verkaufe der aus dem Konkurse der Firma H. und Sch. stammenden Waren in keinem weiteren Umfange zuläßt, als dies in dem Urteil des Reichsgerichts vom $\frac{\text{26. November}}{\text{15. Dezember}}$ 1904 — Entsch. **37** 359 — in einem Falle, in dem es sich zwar um einen „Totalausverkauf", nicht aber um einen Verkauf von aus einem Konkurse stammenden Waren handelte, für statthaft erklärt ist. Daß aber im vorliegenden Falle die Zuführung anderer Ware keineswegs geboten war, daß diese nicht eine solche Ergänzung der aus dem Konkurse stammenden Waren darstellten, ohne welche diese unverkäuflich gewesen wären, ist in bedenkenfreier Weise festgestellt.

Gegen eine mißbräuchliche Ausdehnung der dem Urteil des Reichsgerichts vom 21. Sept. 1897 — Entsch. **30** 257 — zugrundeliegenden Rechtsauffassung hat sich auch das Urteil des Reichgerichts vom 16. Februar 1905, abgedruckt im gewerblichen Rechtsschutz Jahrg. 1905 S. 128, mit Entschiedenheit ausgesprochen. Dieses Urteil sagt mit Recht, daß an sich jedes Zumverkaufbringen neu angeschaffter Waren mit der Ankündigung eines Ausverkaufs zur Räumung des vorhandenen Lagers als der Wahrheit nicht entsprechend im Widerspruch stehe, und daß aus dem Urteil vom 21. September 1897 nicht der Schluß zu ziehen sei, daß jeder Kaufmann im Verlauf eines Ausverkaufs, um diesen zu fördern, Waren in geringer oder beträchtlicher Menge nachbeziehen und diese unter dem Deckmantel des angekündigten Ausverkaufes mit den Beständen des alten absetzen könne.

Es sei ferner auf das Urteil des Reichsgerichts vom 18. Februar 1901 — Entsch. **34** 163 — hingewiesen, dem ein Sachverhalt zugrunde liegt, welcher mit dem hier vorliegenden in mancher Beziehung verwandt ist.

StGB. §§ 370 Nr. 5, 61. Werden im Gewahrsam der Eisenbahnverwaltung befindliche Sachen i. S. des § 370 Nr. 5 StGB. entwendet, so kann der Strafantrag auch von der Eisenbahnverwaltung gestellt werden. Die Dienststelle, von welcher der Strafantrag auszugehen hat, ist die Eisenbahndirektion

II. StrS. U. v. 22. November 1907 g. H. 2 D 949/07.

Aus den Gründen: Da die vom Angeklagten entwendeten Äpfel sich im Güterschuppen der Station F. befanden und zu einer Eilgutsendung gehörten, die der Eisenbahn nach den Bestimmungen der Verkehrsordnung zur Beförderung übergeben worden war, so konnte der im Falle des § 370 Nr. 5 StGB. zu stellende Strafantrag zulässigerweise auch von der Eisenbahnverwaltung gestellt werden.

Von welcher Dienststelle der Strafantrag auszugehen hat, entscheidet sich nach den jeweilig geltenden organisatorischen Bestimmungen über die Eisenbahnverwaltung und ist gegenwärtig zu entscheiden auf Grund der Verwaltungsordnung für die Preuß. Staatseisenbahnen vom 17. Mai 1902 (GS. S. 130). Danach erfolgt die Verwaltung der im Betriebe sowie der im Bau befindlichen Staatseisenbahnen unter der oberen Leitung des Ressortministers durch die Königlichen Eisenbahndirektionen (§ 1). Sie vertreten innerhalb ihres Geschäftsbereichs die staatliche Verwaltung, dergestalt, daß sie durch ihre Handlungen für den Eisenbahnfiskus sowohl Rechte erwerben als Verpflichtungen begründen (§ 6 Abs. 4). Dies ergibt, daß die Königlichen Eisenbahndirektionen, soweit es sich um Angelegenheiten des Staatsbahnbetriebes handelt, die Rechte des Staatsfiskus wahrzunehmen berufen sind. Und zwar sind sie hierzu ausschließlich berufen. Andere Organe der Staatseisenbahnverwaltung haben an dieser Zuständigkeit keinen Anteil. Dies gilt insonderheit von den verschiedenen Inspektionen, denen

Digitized by Google

im Rahmen des allgemeinen Betriebs die Ausführung und Überwachung der örtlichen Dienstgeschäfte übertragen ist: den Betriebs-, Maschinen-, Verkehrs- und Werkstätten-Inspektionen (§ 9 Verw.-O.). Sie sind den Königlichen Eisenbahndirektionen untergeordnet und haben deren Anordnungen zu befolgen.

Ein Strafantrag der Königlichen Eisenbahndirektion liegt gegen den Angeklagten nicht vor. Der der Anklageerhebung zugrunde liegende Strafantrag (Bl. 18 d. Akten) ist von einem Beamten der Güterabfertigungsstelle zu F. gestellt. Angenommen, daß der unterzeichnete Beamte der Vorstand der Abfertigungsstelle ist, so steht ihm doch keine Befugnis zu, die Eisenbahnverwaltung bei Ausübung ihrer Rechte zu vertreten. Der Abfertigungsdienst gehört dem Geschäftsbereiche der Verkehrsinspektion an, über deren Dienstverhältnisse eine durch Ministerialverfügung vom 30. Mai 1902 erlassene Geschäftsanweisung Bestimmung trifft (Eisenb.-Vorord.-Bl. 1902 S. 252). Der Vorstand der Verkehrsinspektion ist der Eisenbahndirektion unmittelbar unterstellt (§ 2 Gesch.-Anw.). Angelegenheiten der Verwaltung selbständig zu erledigen, ist er nur in sehr beschränktem Umfange ermächtigt (§ 12 Verw.-Ordg., §§ 7, 8 Geschw.-Anw.). Eine Befugnis, die Eisenbahnverwaltung nach außen und vor Gericht zu vertreten, ist ihm nicht übertragen.

Erweist sich aber der Strafantrag der Güterabfertigungsstelle als unwirksam, so war nach §§ 259, 394 der Strafprozeßordnung auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen.

StGB. § 288, ZPO. §§ 830, 837. Die Zwangsvollstreckung droht, wenn auch nur noch die Hypothekenbriefe dem Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung wegzunehmen sind, während die Pfändung und Überweisung der zugrunde liegenden Forderungen an den Gläubiger bereits erfolgt ist.

V. StrS. U. v. 3. Dezember 1907 g. B. 5 D 801/07.

Aus den Gründen: Die Revision vermißt mit Unrecht das Tatbestandsmerkmal der drohenden Zwangsvollstreckung. Daß zu der Zeit, als der Angeklagte die in Frage stehenden Hypotheken zum Scheine abtrat, die Zwangsvollstreckung schon begonnen hatte, ist richtig, hindert aber nicht, daß sie eine drohende blieb, wenn nur die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens bevorstand (Entsch. **35** 62). Daß dies hier der Fall war, ergibt sich aus der Feststellung, daß die nach § 830 ZPO. zur wirksamen Pfändung der beiden Hypotheken — für welche Hypothekenbriefe bestanden — erforderliche Übergabe dieser Briefe noch zu erwirken und der Angeklagte zu diesem Zwecke zur Ableistung des Offenbarungseides vorgeladen worden war. Es kann also keine Rede davon sein, daß die Zwangsvollstreckung schon beendet war, als die Scheinabtretungen erfolgten.

StPO. §§ 393, 243 Abs. 2, 377 Nr. 8. Wenn bei Aufhebung einer angefochtenen Entscheidung im Revisionsurteile die auf die Verurteilung bezüglichen Feststellungen aufrecht erhalten werden und die rechtliche Beurteilung der für erwiesen erklärten Tatsachen gebilligt wird, so sind Beweisanträge gegen die Beweisgrundlagen der über die Schuldfrage getroffenen Entscheidung unstatthaft.

V. StrS. U. v. 13. Dezember 1907 g. T. 5 D 848/07.

Aus den Gründen: Die Revision ist unbegründet.

Die Rüge unzulässiger Beschränkung der Verteidigung durch Ablehnung von Beweisanträgen geht fehl.

Der Angeklagte T. war durch Urteil der Strafkammer vom 22. März 1907 wegen je eines Vergehens gegen § 312, § 314 Nr. 1 HGB. zu einer Gesamtbetragstrafe von 10 000 M., im Unvermögensfalle zu Gefängnis von je einem Tage für je 10 Mark verurteilt worden. Diese Entscheidung ist durch das frühere Revisionsurteil vom 12. Juli 1907 unter Aufrechterhaltung der hierauf bezüglichen Feststellungen aufgehoben, in diesem Umfang ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Strafkammer zurückverwiesen. In den Entscheidungsgründen des Revisionsurteils ist anerkannt, daß die Unterstellung des für erwiesen erachteten Sachverhältnisses unter die gedachten Strafgesetze zutreffend sei.

Demgegenüber macht der Beschwerdeführer in der Revision hinsichtlich der gestellten, aber abgelehnten Beweisanträge geltend, daß der Strafkammer nach dem Revisionsurteile die Entscheidung über die Strafzumessung vollständig frei-

gegeben sei. Ein gerechtes Strafmaß könne aber nicht anders gefunden werden, als durch entsprechende Beweiserhebung über die Sache, zumal wenn nicht dieselben Richter, wie bei der früheren Entscheidung, mitwirkten. Seit dem ersten Urteile vom 22. März 1907 sei eine völlige Umwälzung in den Beweisergebnissen eingetreten. Die Erhebung der beantragten Beweise würde die Schuldlosigkeit des Angeklagten ergeben haben. Die Beweisführung hätte damit allerdings, über die bloße Straffrage hinaus, die Schuldfrage betroffen. Es könne dem Angeklagten aber nicht zum Nachteile gereichen, wenn er mehr beweisen wolle, als er zu beweisen brauche. Jedenfalls seien die Anträge von Erheblichkeit gewesen, um das für die Strafzumessung wesentliche Maß des dem Angeklagten zur Last zu legenden Verschuldens festzustellen. Wenn die Strafkammer gleichwohl aus formellen Gründen genötigt geblieben wäre, eine Verurteilung auszusprechen, so wäre doch die Verhängung einer über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehenden Strafe ausgeschlossen gewesen.

Diese Ausführungen sind rechtsgrundsätzlich verfehlt.

Wenn, wie hier, bei der Aufhebung einer angefochtenen Entscheidung im Revisionsurteile die auf die Verurteilung bezüglichen Feststellungen aufrechterhalten werden und ferner die rechtliche Beurteilung der für erwiesen erklärten Tatsachen gebilligt wird, so sind damit die gesamten Feststellungen zur Schuldfrage aufrechterhalten. Das bedeutet nicht lediglich, daß für das weitere Verfahren die Verneinung der Schuldfrage ausgeschlossen sei und daß es genüge, wenn überhaupt eine Verurteilung ergehe, die sich hinsichtlich der ihren Gegenstand bildenden Tat deren gesetzlicher Benennung nach mit der zuerst angefochtenen Entscheidung, insbesondere mit dem Inhalte der Urteilsformel dieser Entscheidung decke. Vielmehr ist damit ausgesprochen, daß es bei der gesamten in der ursprünglichen Entscheidung enthaltenen Tatbestandsfeststellung sein Bewenden behalte, daß es also nicht bloß bei der seitens der Strafkammer dem Sachverhalt zuteil gewordenen rechtlichen Beurteilung, sondern auch bei deren tatsächlicher Grundlage zu verbleiben habe. Aufrechterhalten ist hiernach insbesondere das ganze Beweisergehnis der der ursprünglichen Entscheidung vorausgegangenen Hauptverhandlung, soweit es nach dem Inhalte dieser Entscheidung als Grundlage der Tatbestandsfeststellung in Betracht kommt. In diesem Umfange bleibt die Entscheidung nach § 393 Abs. 1 StPO. von der Aufhebung unberührt; sie ist insoweit rechtskräftig und damit im Rahmen des weiteren Verfahrens jeder Anfechtung entzogen. Der Beurteilung der Strafkammer untersteht hiernach zwar die Beurteilung der Straffrage. Dagegen ist es ihr grundsätzlich verwehrt, erneut in eine Prüfung und Erörterung der Frage einzutreten, ob sich der Angeklagte der in ihrem Urteil nachgewiesenen strafbaren Handlungen unter den dort festgestellten Umständen schuldig gemacht hat. Dementsprechend ist auch auf seiten des Angeklagten jeder Angriff gegen die Beweisgrundlagen der über die Schuldfrage getroffenen Entscheidung unstatthaft. Der Angriff darf sich, wie namentlich in Entsch. 7 176 (179) dargelegt ist — bei der notwendigen Einheit in der Beurteilung der Schuldfrage — auch nicht gegen die eine oder andere Einzeltatsache richten, sofern diese in dem vorerörterten Sinne für die Entscheidung der Schuldfrage verwertet worden ist. (Vergl. auch Entsch. **9** 98, **21**, 388, Rechtspr. **3** 561.)

Ein solcher Angriff ist auch nicht unter dem Gesichtspunkte zulässig, daß der Strafkammer die Strafzumessung freigegeben sei und Beweiserörterungen der von dem Beschwerdeführer gekennzeichneten Art für jede Strafzumessung von Erheblichkeit sein müßten. Allerdings wären derartige Beweiserörterungen für statthaft zu erachten, wenn die Strafkammer in der Beurteilung der Straffrage völlig frei und unbeschränkt wäre. Das letztere trifft aber nicht zu. Vielmehr wirkt auch insoweit die teilweise Rechtskraft des Urteils mitbestimmend ein.

Die der Tatbestandsfeststellung zugrunde gelegten Tatsachen werden zumeist auch die hauptsächlichste Grundlage für die Bemessung der Strafe bilden. Denn sie bestimmen erst den jeweilig in Betracht kommenden Gegenstand der Tat, den Umfang des verbrecherischen Tuns und dessen rechtsverletzende Wirkung nach Art und Maß, wie sich in ihnen auch die Stärke des verbrecherischen Willens ausprägen kann, alles Umstände, die für die Strafbemessung von ausschlaggebender Bedeutung sein können. Soweit solchen Tatsachen im Einzelfall Einfluß auf die Strafbestimmung beizumessen ist, dürfen sie von der Strafkammer auch in der anderweiten Verhandlung und Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt werden. Denn sie stehen als solche rechtskräftig fest. Sie müssen daher, wenn ihnen für die Strafzumessung Bedeutung beigelegt wird, auch so, wie sie in dem ursprünglichen Urteile für nachgewiesen erachtet sind, dem Strafmaße zu-

grunde gelegt werden. Sie sind mithin insoweit ebenfalls jedem Parteiangriffe, namentlich einem Angriffe durch den Antritt von Gegenbeweisen, entzogen.

Hiernach erweist sich die von der Strafkammer durch Beschluß ausgesprochene Ablehnung der Beweisanträge des Angeklagten als gerechtfertigt. Denn die Anträge, wie sie inhalts der im Sitzungsprotokoll angezogenen Schriftsätze vom 2. u. 5. September 1907 in der Hauptverhandlung gestellt worden sind, richteten sich nach Gegenstand und Ziel ersichtlich gegen diejenigen tatsächlichen Feststellungen des Urteils vom 22. März 1907, auf die darin die Bejahung der Schuldfrage gegründet worden ist. Dies erkennt auch der Beschwerdeführer in der Revision selbst an, insofern er angibt, daß die angetretenen Beweise unter Voraussetzung ihrer Erhebung und ihres Gelingens seine Schuldlosigkeit dartun würden. Es entsprach daher der Sach- und Rechtslage, wenn die Strafkammer ihrer Ablehnung die Begründung gab, daß die Beweisanträge ihrem Wesen nach und in Übereinstimmung mit den Einlassungen des Angeklagten in der Hauptverhandlung auf die Freisprechung des Angeklagten zielen, mithin allein die Schuldfrage berühren und deshalb auf die Höhe der festgesetzten Strafen keinen Einfluß haben könnten (Entsch. **20**, 411).

Die Frage, ob die hier dem Tatbestande zugrunde gelegten tatsächlichen Feststellungen der Wirklichkeit entsprachen, konnten daher von und vor der Strafkammer im Rahmen des gegenwärtigen Verfahrens überhaupt nicht aufgeworfen werden.

---

*GewO. §§ 148 Ziff. 4a, 38 Abs. 4. Die Übertretungen der §§ 148 Ziff. 4a, 38 Abs. 4 GewO. **setzen nicht Vorsatz voraus, vielmehr genügt zur Erfüllung ihres subjektiven Tatbestandes auch schon Fahrlässigkeit.***

V. StrS. U. v. 18. Dezember 1907 g. R. 5 D 870/07.

Aus den Gründen: Das angefochtene Urteil, soweit es den Beschwerdeführer betrifft, gibt zu durchgreifenden Bedenken keinen Anlaß. Allerdings sind die einschlägigen Urteilsausführungen nicht überall frei von Rechtsirrtum. So ist der Satz:

> wenn Angeklagter R. in seinem Geschäfte als Althändler jemanden beauftragt, für ihn zu handeln, so haftet er auch für dessen Tun,

auf dem hier allein in Frage kommenden Gebiet des Strafrechts in dieser Allgemeinheit unrichtig. Andererseits ist auch die Anwendbarkeit des § 151 GewO. nicht rechtsirrtumsfrei nachgewiesen. In Abs. 1 das. wird vorausgesetzt, daß die Person, der die Übertretung der polizeilichen Vorschriften zur Last gelegt wird, von dem Gewerbetreibenden zur Leitung des Betriebes oder eines Teiles desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt worden war. Hierüber ist im angefochtenen Urteile nichts festgestellt. Es ist nur gesagt, daß der 16jährige Sohn des Angeklagten mit dessen Einwillioung — tatsächlich — in dem Geschäfte tätig war. Diese Mängel berühren indes nicht den Bestand des Urteils.

Die Übertretungen des § 148 Ziff. 4a GewO. in Verbindung mit den auf Grund des § 38 Abs. 4 das. erlassenen Vorschriften des Ministers für Handel und Gewerbe vom $\frac{30. 4. 01}{26. 7. 12}$ JMBl. S. 48 bezw. 299 setzen nicht Vorsatz voraus; vielmehr genügt zur Erfüllung ihres inneren Tatbestandes auch schon Fahrlässigkeit. (Vgl. z. B. die mit Bezug auf §§ 115, 135 ff., 146 Gew.-O. ergangenen Urteile d. RG. in den Entsch. d. RG. in Strafs. **5** 426, 22, 43.) Für die Befolgung der erlassenen Vorschriften im Geschäftsbetriebe hat aber der Gewerbetreibende bei eigener Verantwortung selbst pflichtgemäß zu sorgen. Er hat deshalb u. a. auch darauf Bedacht zu nehmen, daß, wenn in seinem Gewerbebetriebe mit seiner Einwilligung tätige Personen für ihn Gegenstände ankaufen, diese die für den Ankauf maßgebenden polizeilichen Vorschriften befolgen oder wenn sie dies nicht können oder wollen, den Ankauf ablehnen. Der Angeklagte hätte daher, wie die Strafkammer — der Sache nach zutreffend — annimmt, Fürsorge treffen müssen, daß sein Sohn den gegebenen Vorschriften genügte oder, wie sich ohne weiteres auch als Auffassung der Strafkammer ergibt, den Ankauf unterließ. Die Strafkammer hat ferner in rein tatsächlicher, der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogener Erwägung festgestellt, daß der Angeklagte — bei seiner Anwesenheit im Hause — mit Leichtigkeit hierzu imstande gewesen wäre. Damit sind die zur Erfüllung des inneren Tatbestandes genügenden Voraussetzungen der Fahrlässigkeit des Angeklagten gegeben.

Digitized by Google

Preuß.Ges. über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger vom 2. Juli 1900 § 21 i. V. mit BGB. §§ 1634, 1627. Die Ehefrau kann sich durch Unterlassung des Gebrauchs der ihr zustehenden Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes neben dem Ehemann eines Vergehens gegen § 21 a. O. schuldig machen.

IV. StrS. U. v. 20. Dezember 1907 g. S. 4 D 928/07.

Aus den Gründen: Der erste Richter hat die Freisprechung der Angeklagten lediglich darauf gestützt, daß sie als Ehefrau gar nicht das Recht und die Pflicht hatte, ihrer Tochter, welche zwecks Fortsetzung der gegen sie angeordneten Fürsorgeerziehung in Dienst gegeben, aus diesem aber entlaufen war, die Aufnahme in das elterliche Haus zu verweigern, daß dies vielmehr nur ihrem Ehemann als dem Haupt der Familie zustand und daß sich die Angeklagte daher überhaupt nicht aus § 21 des Preußischen Gesetzes über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger vom 2. Juli 1900 strafbar machen konnte, wenn sie die Tochter im Hause duldete.

Die hiergegen seitens der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision erscheint begründet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat an Stelle der väterlichen die elterliche Gewalt gesetzt und insbesondere die Erziehung und Pflege des Kindes als eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit nicht ausschließlich oder hauptsächlich dem Vater, sondern beiden Eltern gemeinsam zugewiesen. Denn nach § 1627 BGB. hat zwar der Vater kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, gemäß § 1634 steht aber das gleiche Recht und dieselbe Pflicht während der Dauer der Ehe neben dem Vater auch der Mutter zu. Ihr gebührt hiernach die Sorge für die Person des Kindes kraft eigenen Rechts, so daß sie zur Ausübung der persönlichen Fürsorge selbstständig befugt ist (vergl. Motive 4 754; Entsch. in Zivilsachen **55** 419, besonders 421). Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt nun aber nach § 1631 BGB. das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen, und zwar in einer dem Gesetz entsprechenden Weise. Ist durch eine dem Gesetz entsprechende behördliche Verfügung dem Kind ein Aufenthalt außerhalb des elterlichen Hauses angewiesen, verläßt das Kind denselben aber eigenmächtig, so erwächst wie dem Vater, so auch der Mutter die Pflicht, ihm die Aufnahme im Elternhause zu verweigern. Daß auch durch Unterlassen des pflichtmäßigen Gebrauchs rechtmäßiger Befugnisse die Strafbarkeit aus § 21 des Fürsorgeerziehungsgesetzes begründet werden kann, hat das Reichsgericht bereits anerkannt (Entsch. **37** 162, bes. 166; vergl. auch **38** 123, 126). Allerdings ist in § 1634 a. a. O. ferner bestimmt, daß bei einer Meinungsverschiedenheit der Eltern die Meinung des Vaters vorgeht. Es kann indessen unerörtert bleiben, wie das Verhalten der Ehefrau zu beurteilen wäre, wenn der Ehemann im Widerspruch zu ihr die Aufnahme des Kindes bewirkt hätte, da nach den getroffenen Feststellungen ein derartiger Sachverhalt nicht vorliegt. Demgemäß ist keinenfalls rechtsgrundsätzlich, wie der Vorderrichter annimmt, ausgeschlossen, daß sich die Ehefrau neben dem Ehemann eines Vergehens gegen das Fürsorgeerziehungsgesetz habe schuldig machen können, vielmehr ist dieses insbesondere aus dem Gesichtspunkt sowohl der Mittäterschaft als auch der Beihilfe rechtlich durchaus möglich.

Daß durch gemeinschaftlich bewirkte Aufnahme eines der Fürsorgeerziehung unterliegenden Kindes in der Ehewohnung sich beide Eltern gegen § 21 des Fürsorgeerziehungsgesetzes vergehen, ist von dem erkennenden Senat im Urteil vom 7. März 1905 (Entsch. **37** 416) gebilligt worden.

Sonach war, wie geschehen, die Aufhebung des Vorderurteils und die Zurück verweisung auszusprechen.

StPO. §§ 263, 441. Durch die vom Nebenkläger unbeschränkt eingelegte Berufung wird der Sachverhalt nach allen einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkten der Beurteilung des Berufungsgerichts unterstellt. Das Berufungsgericht kann und muß in diesem Falle, auch wenn die Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Erkenntnis des Schöffengerichts ein Rechtsmittel nicht eingelegt hat, auch wegen einer Straftat verurteilen, bei deren Verfolgung eine Zulassung als Nebenkläger nicht gegeben gewesen wäre.

IV. StrS. U. v. 23. Dezember 1907 g. W. 4 D 951/07.

Aus den Gründen: Die Rüge des Angeklagten, daß seine wegen versuchter Erpressung erfolgte Verurteilung prozessual unzulässig sei, ist nicht begründet.

Durch die gegen das freisprechende Urteil des Schöffengerichts seitens des Nebenklägers unbeschränkt eingelegte Berufung war der gesamte jenem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt der erneuten Prüfung der Strafkammer unterworfen und diese gemäß § 263 StPO. berechtigt und verpflichtet, die Tat dem Ergebnis der Verhandlung entsprechend nach allen einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkten einer Beurteilung zu unterziehen. Einzige Voraussetzung hierbei war nur, daß die Identität zwischen der von ihr abgeurteilten Tat und derjenigen, wegen welcher die öffentliche Klage erhoben worden, gewahrt blieb. Dies ist aber geschehen. Denn der ihren Erwägungen zugrunde liegende Vorgang ist von der Strafkammer dahin festgestellt, daß der Angeklagte am 28. Februar 1907 auf der Dorfstraße in N. zu dem Nebenkläger M. geäußert hat, dieser habe mit des Angeklagten Schwiegertochter Ehebruch getrieben, wenn er sich nicht bis Montag erkläre, zeige Angeklagter ihn an. Genau dieselbe Äußerung ist von M. aber zum Gegenstand seines Strafantrages gemacht und damit naturgemäß auch die Grundlage der Anklage, des Eröffnungsbeschlusses und des schöffengerichtlichen Urteils geworden. Einflußlos ist dabei, daß letztere sie nur bezüglich des ehrenkränkenden Vorwurfs des Ehebruchs in Betracht gezogen und den weiteren Wortlaut nicht erwähnt haben, weil dadurch weder die Einheitlichkeit der Handlung des Angeklagten beseitigt, noch deren Beurteilung in ihrer Gesamtheit der gesetzmäßigen richterlichen Prüfung, wie sie in § 263 der Strafprozeßordnung vorgeschrieben ist, entzogen werden kann. Von der Auffassung der Tat als einer einheitlichen ist auch die Strafkammer ausgegangen und hat daher die von ihr in derselben erblickten strafbaren Handlungen der verleumderischen Beleidigung und der versuchten Erpressung aus § 73 des Strafgesetzbuchs gewürdigt. Hieran war sie nach dem Dargelegten, und da sie hinsichtlich der versuchten Erpressung in erster Instanz zuständig war, mithin auch die Voraussetzung des § 369 Abs. 3 StPO. vorlag, durch nichts gehindert. Die prozessuale Befugnis des Nebenklägers, Beschwerdegründe aus demjenigen Teile des Urteils zu entnehmen, der sich mit einer Straftat befaßt, welche zum Anschluß als Nebenkläger nicht berechtigt, steht vorliegend überhaupt nicht in Frage und ist unerfindlich, inwiefern gegen §§ 435 Abs. 1 und 441 Abs. 2 StPO., die der Beschwerdeführer als verletzt bezeichnet, verstoßen sein soll.

B. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Kammergerichtsrat Stubenrauch, Berlin.

StPO. §§ 372, 398 Abs. 2, 496, 497, 498, 502 ff., 505. Steht der Entscheidung, daß früher entstandene Kosten des Verfahrens, über welche in der Vorinstanz hätte entschieden werden können, dem Angeklagten aufzuerlegen seien, der in den §§ 372, 398 Abs. 2 StPO. ausgesprochene Grundsatz entgegen, daß das Urteil auf ein vom Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel nicht zu dessen Nachteil abgeändert werden darf? Bedeutung dieser Vorschrift.

II. StrS. U. v. 5. Dezember 1905 g. P. 2 S 526/05.

Aus den Gründen: Durch das Urteil des Ferienstrafsenats vom 19. Juli 1905, das das damals vorliegende Urteil des Berufungsgerichts aufhob und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwies, ist über die Kosten der Revisionsinstanz nicht entschieden worden und konnte auch nicht entschieden werden, weil erst durch die nochmalige Verhandlung der Sache festzustellen war, ob die endgültige Entscheidung zu Gunsten oder Ungunsten des Angeklagten ausfallen würde. Am Schlusse der Urteilsgründe ist aber darauf hingewiesen, daß das Berufungsgericht über die Kosten der Revisionsinstanz mitzubefinden haben werde. Diesem Hinweise ist in dem jetzt vorliegenden Urteil insoweit entsprochen worden, als es an dessen Schlusse heißt, die Entscheidung über die Kosten einschließlich derjenigen der Revisionsinstanz ergäbe sich aus §§ 497, 505 StPO. Dagegen fehlt eine ausdrückliche Erklärung in der Urteils-

formel, die nur die „Verwerfung der Berufung auf Kosten des Angeklagten" ausspricht. Urteilsformel und Gründe zusammen lassen erkennen, daß der Berufungsrichter dem Angeklagten auch die Kosten der früheren Revision hat auferlegen wollen. Immerhin läßt aber die nicht genaue Fassung der Urteilsformel die Möglichkeit der Auslegung zu, daß dem Angeklagten nur die Kosten der Berufungsinstanz ohne die der früheren Revisionsinstanz auferlegt sind. Der Senat hat deshalb, wie auch früher in ähnlichen Fällen, um Zweifeln über die Auslegung des Urteils und etwaigen daraus entstehenden Schwierigkeiten bei der Kostenberechnung zu begegnen, die Entscheidung über die Kosten so wie geschehen auf Grund der §§ 497, 505 StPO. getroffen.

(Die Urteilsformel lautet: „Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil der 2. Strafkammer des Königlichen Landgerichts in P. vom 30. September 1905 wird zurückgewiesen. Die Kosten der Revisionsinstanz einschließlich der durch das Revisionsurteil vom 19. Juli 1905 veranlaßten werden dem Angeklagten auferlegt.")

Zu diesem Teil der Entscheidung ist folgendes zu bemerken.

Es war zu erwägen, ob der Entscheidung der in §§ 372, 398 Abs. 2 StPO. ausgesprochene Grundsatz entgegensteht, daß das Urteil auf ein vom Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel nicht zu dessen Nachteil abgeändert werden darf. Das ist zu verneinen. Die angeführten Vorschriften verbieten nur, unter den angegebenen Voraussetzungen gegen den Angeklagten auf eine härtere Strafe zu erkennen, als sie die Vorinstanz erkannt hat. Die entsprechende Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die in der Strafprozeßordnung formell und materiell selbstständig geregelte Verpflichtung zur Tragung der Kosten (Kostenpflicht) erscheint umsoweniger angebracht, als das Gesetz nicht hindert, die Tat unter einem schwereren strafrechtlichen Gesichtspunkte zu beurteilen, sofern nur das einmal erkannte Strafmaß unverändert bleibt. (Entsch. des RG. in Strafs. **9** 329, **25** 397, Rechtspr. **3** 627.) Die Vorschrift der §§ 372, 398 StPO. kann also nicht allgemein in dem Sinne ausgelegt werden, daß der Angeklagte durch das Urteil der höheren Instanz nicht schlechter gestellt werden darf als durch das der früheren Instanz. Eine Verschlechterung in diesem allgemeinen Sinne liegt z. B. auch vor, wenn die höhere Instanz die Tat eines Angeklagten als Diebstahl ansieht, während sie von der früheren Instanz als Unterschlagung angesehen war. Eine derartige Änderung in der rechtlichen Beurteilung der Tat wird durch §§ 372, 398 StPO. nicht ausgeschlossen.

Noch weniger kann eine Verschlechterung der Lage des Angeklagten anerkannt werden, wenn in der höheren Instanz eine ergänzende Entscheidung über die Kostenpflicht erfolgt. Hier ist davon auszugehen, daß die Strafprozeßordnung zwischen der formellen und materiellen Regelung der Kostenpflicht genau unterscheidet. Sie bestimmt formell in § 496, daß jedes Urteil, jeder Strafbefehl und jede eine Untersuchung einstellende Entscheidung darüber Bestimmung treffen muß, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind; materiell in § 497, daß der Angeklagte die Kosten zu tragen hat, wenn er zu Strafe verurteilt wird. Wird aus irgend einem Grunde übersehen, in einem Urteil usw. die Kostenpflicht formell zu bestimmen, so wird dadurch die Kostenpflicht des Angeklagten nicht beseitigt, sondern es greift der materielle Rechtsgrundsatz des § 497 StPO. Platz, wonach der zu Strafe verurteilte Angeklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, soweit nicht nach §§ 502 ff. oder nach sonstigen besonderen Vorschriften der Strafprozeßordnung (z. B. §§ 50, 145) Ausnahmen von der Regel begründet sind.

Diesem materiellen Rechtsgrundsatz kann der durch § 496 StPO. gebotene formelle Ausdruck immer gegeben werden, so lange eine Instanz die Möglichkeit hat, die Kostenentscheidung der früheren Instanz zu prüfen und deren etwaige Ungenauigkeiten oder Unklarheiten zu ergänzen oder zu erläutern. Diese Möglichkeit ist für das Revisionsgericht gegeben, da es durch die Revision des Angeklagten mit der Sache befaßt worden ist und nicht anerkannt werden kann, daß das Reichsgericht sich mit der Entscheidung über die Kostenpflicht nur dann hätte befassen können, wenn auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt hätte. Denn durch das gegenwärtige Urteil soll nicht eine nicht vorhandene Kostenpflicht festgesetzt werden, sondern es soll der Umfang einer bestehenden Kostenpflicht so erläutert werden, wie sie dem endgültigen Ausfall der Sache entspricht.

In ähnlich liegenden Fällen hat auch das Reichsgericht angenommen, daß die Kostenpflicht von Rechtswegen eintritt, ohne daß ein besonderer Ausspruch im Urteil erforderlich ist; so für die in § 498 StPO. ausgesprochene Gesamthaftung mehrerer Angeklagten (Rechtspr. **1** 309) und für die Verpflichtung des

Digitized by Google

Nebenklägers, im Falle der Freisprechung des Angeklagten die durch seine erfolglose Nebenklage erwachsenen Auslagen zu tragen (Rechtspr. 9 37).

StPO. §§ 341, 348, 353, 406 Abs 2, 412. Muß eine neue Tatsachen oder Beweismittel beibringende Beschwerde des Angeklagten über den seinen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verwerfende Beschluß der Formenvorschrift des § 406 Abs. 2 StPO genügen? Kann eine solche — sofortige — Beschwerde von dem Angeklagten mit rechtlicher Wirkung zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts erklärt werden?

II. StrS. B. v. 11. Mai 1906 g. S. 2 W 107/06.

Gründe: Der Angeklagte hat gegen den am 31. März 1906 zugestellten Beschluß des Landgerichts N., durch den sein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verworfen worden ist, rechtzeitig am 5. April 1906 in einer privatschriftlichen Eingabe an das Landgericht und am 6. April zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Kammergerichts sofortige Beschwerde eingelegt. Beide Beschwerden stimmen inhaltlich überein und enthalten neue Tatsachen und Beweismittel.

Nach § 412 StPO. können alle Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Diese Beschwerde ist an keine besondere Form gebunden, soweit sie nur die Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses verlangt, muß aber der Formvorschrift des § 406 Abs. 2 StPO. genügen, wenn sie neue Tatsachen oder Beweismittel beibringt. Denn in diesem Falle erscheint die Beschwerde als ein neuer Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens. Wollte man neue Tatsachen oder Beweismittel in einer formlichen Beschwerde zulassen, so müßte das zu einer Umgehung des Gesetzes (§ 406 Abs. 2 StPO.) führen, weil der Angeklagte es dann in der Hand hätte, wenigstens einen Teil seiner neuen Behauptungen ohne Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Kenntnis des Gerichts zu bringen und dessen Tätigkeit durch vielleicht ganz ungeeignete Anträge ungebührlich in Anspruch zu nehmen (vergl. Löwe, Strafprozeßordnung Anm. 1 zu § 412, Goldammer's Archiv für Strafrecht Bd. 44 S. 68). Die privatschriftliche Beschwerde vom 5. April 1906 ist daher unzulässig.

Dasselbe gilt aber auch von der zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Kammergerichts erklärten Beschwerde vom 6. April. Wenn eine Beschwerde mit neuem tatsächlichem Inhalt als ein neuer Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu erachten ist, so folgt daraus, daß dieser Antrag nur zur Protokoll desjenigen Gerichtsschreibers erklärt werden kann, der zur Aufnahme derartiger Anträge zuständig ist. Zuständig zur Entgegennahme eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens ist nur der Gerichtsschreiber des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten wird (Löwe a. a. O. Anm. 9 zu § 385 Abs. 2, Anm. 10 d der Vorbemerkungen zum 1. Buch der StPO., Entsch. des RG. in Strafs. 32 277). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist in § 341 StPO. nur für verhaftete Angeklagte zugelassen; diese Ausnahme bestätigt nur die Regel, daß der nichtverhaftete Angeklagte sich mit seinen Anträgen an den zuständigen Gerichtsschreiber zu wenden hat. Im vorliegenden Fall war der Gerichtsschreiber des Landgerichts N. ausschließlich zuständig; der bei dem — soweit neue Tatsachen oder Beweismittel in Frage sind — unzuständigen Gerichtsschreiber des Kammergerichts erklärten Beschwerde kann rechtliche Wirkung nicht beigemessen werden.

Gegen diese Auffassung kann aus den besonderen Bestimmungen über die Einlegung der Beschwerde nichts hergeleitet werden. Für den Fall der einfachen Beschwerde folgt dies ohne weiteres aus § 348 StPO., wonach die Beschwerde — abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Dringlichkeitsfall — bei dem Gerichte einzulegen ist, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Zu prüfen bleibt nur, ob mit Rücksicht auf § 353 StPO. für die sofortige Beschwerde andere Grundsätze anzuwenden sind. Das ist zu verneinen.

Die sofortige Beschwerde ist eine Unterart der allgemeinen Beschwerde, von der sie sich darin unterscheidet, daß sie binnen einer Frist von einer Woche eingelegt werden muß, daß diese Frist gewahrt bleibt, auch wenn die Beschwerde in einem nicht dringlichen Fall bei dem Beschwerdegericht eingelegt wird, daß das Gericht die angefochtene Entscheidung nicht abändern darf. Diese Sonderbestimmungen lassen erkennen, daß auch für die sofortige Beschwerde als Regel die Einlegung bei dem angegriffenen Gericht gedacht ist. Durch die Einlegung

Digitized by Google

bei dem Beschwerdegerichte wird nur die Einlegungsfrist gewahrt; unabhängig hiervon ist die Frage, ob die unmittelbare bei dem Beschwerdegericht eingelegte Beschwerde auch der für eine Beschwerde dieser Art vorgeschriebenen Form entspricht. Zur Rechtsgültigkeit der Form gehört aber auch, daß eine Erklärung vor dem zuständigen Beamten abgegeben wird. Da dem Gerichtsschreiber des Kammergerichts die Zuständigkeit zur Entgegennahme von Anträgen auf Wiederaufnahme des Verfahrens fehlt, ist die Erklärung vom 6. April rechtlich ohne Wirkung. Beide Beschwerden waren deshalb als unzulässig zu verwerfen.

StGB. § 172. StPO. § 368. Bedeutung und Einfluß der relativen Rechtskraft. Kann in dem Falle, daß ein Angeklagter seine Berufung auf das Strafmaß beschränkt hatte, die Revision des Beschwerdeführers noch die Schuldfrage ergreifen? Auf welche Fragen hat in dem gedachten Falle die Prüfung des Revisionsgerichts sich zu erstrecken und welche Entscheidung ist von demselben eventuell zu erlassen, wenn das Berufungsurteil trotz Beschränkung der von dem Angeklagten eingelegten Berufung auf das Strafmaß eine vollständige Würdigung des Straffalles in Bezug auf die Schuldfrage enthält oder wenn das Berufungsgericht trotz solcher Beschränkung der Berufung die Schuldfrage von neuem erörtert hat?

II. StrS. U. v. 10. Mai 1907 g. H. u. Gen. 2 S 159/07.

Aus den Gründen: Die Revision bezeichnet den § 172 StGB. als verletzt und beantragt für beide Angeklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache an ein anderes Landgericht.

Die mitangeklagte Frau S. hat in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht ihre Berufung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft auf das Strafmaß beschränkt. Das Revisionsgericht ist deshalb zur Entscheidung der Frage genötigt, ob die auf Verletzung des § 172 StGB. schlechthin gestützte Revision der Beschwerdeführerin noch die Schuldfrage ergreifen kann. Der Senat hat diese Frage verneint.

Nach § 368 StPO. unterliegt das erste Urteil der Prüfung des Berufungsgerichts nur insoweit, als es angefochten ist. Nachdem die Angeklagte ihre Berufung auf das Strafmaß beschränkt hatte, war die vom Schöffengerichte über die Schuldfrage getroffene Entscheidung rechtskräftig geworden. Eine Nachprüfung der Schuldfrage war in der Berufungsinstanz daher nicht mehr zulässig. Das Berufungsgericht mußte die rechtliche Beurteilung der That, wie sie beim Schöffengericht erfolgt war, seiner Entscheidung zugrunde legen und durfte daran auch dann nichts ändern, wenn es die Rechtsansicht des Schöffengerichts nicht geteilt hätte, oder wenn es nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung Anlaß gehabt hätte, von der Beweiswürdigung des Schöffengerichts abzuweichen. Das Berufungsurteil enthält nun eine vollständige Würdigung des Straffalles in Bezug auf die Schuldfrage (Tat- und Rechtsfrage); aber diese Würdigung bezieht sich nur auf die unbeschränkt eingelegte Berufung des Angeklagten H. Denn wenn auch in der Darstellung des Tatbestandes, wie es der Natur des Vergehens entspricht, öfter von den Angeklagten die Rede ist, so werden doch nur die Schutzbehauptungen des Angeklagten H. als solche erwähnt und gewürdigt, während die von der Angeklagten S. in der ersten Instanz geltend gemachte Schutzbehauptung nicht weiter erwähnt ist. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Berufungsverhandlung gegen die Angeklagte S. sich nur auf die Höhe der erkannten Strafe bezogen hat. Die auf Verletzung des § 172 StGB. gestützte Revision dieser Angeklagten ist deshalb auch nur in diesem beschränkten Umfang zulässig und kann das Revisionsgericht nur mit der Prüfung befassen, ob die erkannte Strafe dem im § 172 StGB. festgesetzten Strafrahmen entspricht. Zu demselben Ergebnis müßte das Revisionsgericht aber auch gelangen, wenn das Berufungsgericht unter Überschreitung seiner Befugnisse die Schuldfrage in Bezug auf die Angeklagte S. von neuem erörtert hätte. An die teilweise Rechtskraft des ersten Urteils ist das Revisionsgericht ebenso gebunden wie das Berufungsgericht, weil die materiellrechtlichen Grundsätze über die Rechtskraft für alle in demselben Verfahren tätig werdenden Instanzen die gleiche Wirkung haben. Hat das Berufungsgericht unter Verkennung der Rechtsgrundsätze über die Rechtskraft der Urteile die Schuldfrage erörtert, so muß sein Urteil aufgehoben werden, soweit es auf dieser Gesetzesverletzung beruht. Das wird in der Regel nicht der Fall sein, wenn die Schuldaussprüche der ersten und zweiten Instanz übereinstimmen, kann aber erforderlich werden, wenn der Schuldausspruch der zweiten Instanz von dem der ersten

abweicht. Ist in den Fällen der zweiten Art der Schuldausspruch des Berufungsgerichts der mildere, so wird die Aufhebung des Urteils nicht geboten sein, weil der Angeklagte nicht beschwert sein wird, und seine Revision aus diesem Grunde keinen Erfolg haben kann. Ist dagegen der zweite Schuldausspruch härter als der erste, wird der Angeklagte beispielsweise wegen Diebstahls anstatt wegen Unterschlagung verurteilt, so muß die Revision immer den Erfolg haben, daß die Rechtsverletzung beseitigt und das Verfahren in den Zustand zurückversetzt wird, den es vor der Rechtsverletzung hatte. Der Erfolg der Revision ist in diesen Fällen dann der, daß das Berufungsurteil aufgehoben und der Berufungsrichter angewiesen wird, sich unter Beachtung der bereits rechtskräftig entschiedenen Schuldfrage und der danach feststehenden Sach- und Rechtslage auf die Strafabmessung zu beschränken. Eine weitere Nachprüfung der Rechtslage darf vom Revisionsgericht nicht vorgenommen werden.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich die Zurückweisung der Revision der Angeklagten S., da deren Verurteilung zu einer Woche Gefängnis dem Gesetz entspricht.

StGB. § 367 No. 3 in Verbindung mit der Kaiserlichen Verordnung, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, vom 22. Oktober 1901 § 1 und Verzeichnis A. Preußischer Ministerialerlaß vom 22. Juni 1896, betreffend die Abgabe stark wirkender Arzneimittel (Ministerial-Blatt für die gesamte innere Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten 1896, S. 123).

Inwieweit darf nach den Bestimmungen der genannten Verordnung in Verbindung mit denjenigen des vorbezeichneten Ministerialerlasses Karbolwasser als Heilmittel außerhalb der Apotheken verkauft oder feilgehalten werden?

II. StrS. U. v. 24. Mai 1907 g. A. 2 S 187/07.

Gründe: Das Berufungsgericht nimmt an, daß Karbollösung beziehungsweise Karbolwasser (aqua carbolisata) gemäß § 1 der Kaiserlichen Verordnung, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, vom 22. Oktober 1901 außerhalb der Apotheken nicht frei verkäuflich sei.

Nach der tatsächlichen Feststellung des Vorderrichters hat der Angeklagte das Karbolwasser als Heilmittel, und zwar als Desinfektionsmittel, also zu äußerem Gebrauch verkauft und feilgehalten.

Die genannte Verordnung bestimmt, daß die in dem dieser Verordnung beigefügten Verzeichnisse A aufgeführten Zubereitungen als Heilmittel außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfen. Karbolwasser ist eine Zubereitung im Sinne des Verzeichnisses A Ziff. 5, fällt also an sich unter die Bestimmungen der Verordnung. Desinfektionsmittel unterliegen aber nach § 1 Abs. 2a der Verordnung, soweit sie als Heilmittel abgegeben werden, dem Verbot eines Verkaufs außerhalb der Apotheken nur dann, wenn sie Stoffe enthalten, welche in den Apotheken ohne Anweisung eines Arztes usw. nicht abgegeben werden dürfen. Hierdurch nimmt die Verordnung ausdrücklich Bezug auf die bestehenden Bestimmungen, welche den Apotheken die Abgabe gewisser Stoffe ohne ärztliche Anweisung verbieten. In dieser Beziehung bestimmt der preußische Ministerialerlaß vom 22. Juni 1896, betr. die Abgabe stark wirkender Arzneimittel (Min.-Bl. für die gesamte innere Verwaltung 1896), daß die in dem diesem Erlaß angeschlossenen Verzeichnisse aufgeführten Drogen und Präparate, sowie die solche Drogen oder Präparate enthaltenden Zubereitungen nur auf schriftliche Anweisung eines Arztes als Heilmittel an das Publikum abgegeben werden dürfen. In dem Verzeichnisse wird Karbolsäure (acidum carbolicum) aufgeführt, jedoch mit der Einschränkung, daß die Bestimmungen auf diese dann nicht Anwendung zu finden haben, wenn die Karbolsäure zum äußeren Gebrauch verkauft oder feilgehalten wird. Es ist hiernach entscheidend, ob der Angeklagte das Karbolsäure enthaltende Karbolwasser zum äußeren Gebrauch verkauft oder feilgehalten hat. Dies hat das Berufungsgericht ohne ersichtlichen Rechtsirrtum tatsächlich festgestellt. Daraus aber folgt die Freisprechung des Angeklagten. Auf diese war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zu erkennen.

Digitized by Google

StPO. §§ 376, 381, 384, 389. Ist die Revisionsbegründung von dem Angeklagten zu Protokoll des Gerichtsschreibers in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise angebracht, wenn der Beschwerdeführer das Protokoll nicht genehmigt hat? Zulässiger Inhalt der Revisionsbegründung.

Gründe: Nach Zustellung des Berufungsurteils ist der Angeklagte innerhalb der gesetzlichen Frist in der Gerichtsschreiberei erschienen und hat dort eine Revisionsbegründung zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt.

Nach Vorlesung dieser Verhandlung hat der Angeklagte erklärt, daß er das Protokoll nicht genehmige, weil es seinen Ausführungen nicht entspreche, der größte Teil seiner Ausführungen auch gar nicht aufgenommen sei.

Der Senat hatte bei dieser Sachlage zu prüfen, ob die Revision n der gesetzlich vorgeschriebenen Weise eingelegt ist. Das muß verneint werden.

Neben der Einlegung der Revision (§ 381 StPO), die durch eine schriftliche Erklärung erfolgen kann, muß der Beschwerdeführer binnen einer Woche nach Zustellung des Urteils die Erklärung abgeben, inwieweit er das Urteil anfechte und dessen Aufhebung beantrage, und die Anträge begründe. Die Begründung darf sich aber nur mit einer Verletzung des Gesetzes befassen, sei es materieller oder prozessualer Vorschriften (§§ 384, 376 StPO.); jede andere Begründung, namentlich eine solche, die die festgestellten Tatsachen als unrichtig bezeichnet oder die Beweiswürdigung des Vorderrichters bekämpft, ist unzulässig.

Der Angeklagte hat erklärt, daß die Feststellung des Berufungsrichters unrichtig sei, weil sie sich lediglich auf die Aussagen eines Schutzmannes stütze, und weil nur Aussage gegen Aussage stehe. Diese Angabe enthalten keine zulässige Begründung des Rechtsmittels, und der Angeklagte ist hierauf auch, wie die Verhandlung erkennen läßt, von dem Gerichtsschreiber aufmerksam gemacht worden. Zu den Amtspflichten des Gerichtsschreibers gehört es, auf sachgemäße, dem Gesetz entsprechende Erklärungen hinzuwirken, und er darf die Aufnahme ganz unsachgemäßer Beschwerden verweigern (Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. Bd. 27 S. 211). Der Gerichtsschreiber hat in richtiger Erkenntnis dieser Pflichten nur noch aufgenommen, daß eine absichtliche Verübung groben Unfugs nicht nachgewiesen sei, sowie daß nicht festgestellt sei, ob der Angeklagte das Bewußtsein der Strafbarkeit seiner Handlungsweise gehabt habe. Diese Rügen, deren Grund oder Ungrund dahingestellt bleiben kann, entsprechen dem Gesetz, weil aus ihnen hervorgeht, daß unrichtige Anwendung des § 360 Nr. 11 StGB. hat gerügt werden sollen. Da der Angeklagte aber das Protokoll nicht genehmigt hat und aus seiner durch Beschluß des Kammergerichts vom 23. August 1907 zurückgewiesenen Beschwerde über den Gerichtsschreiber auch hervorgeht, daß es ihm nur darum zu tun gewesen ist, die Beweiswürdigung des Berufungsrichters anzugreifen, nicht aber eine etwaige Gesetzesverletzung zur Kenntnis des Revisionsgerichts zu bringen, so ist eine dem Gesetz entsprechende Revisionsbegründung überhaupt nicht eingegangen. Demgemäß war das Rechtsmittel nach § 389 StPO. als unzulässig zu verwerfen.

Oberlandesgericht Dresden.

Mitgeteilt vom Oberlandesgerichtsrat Dr. v. Fellitsch, Dresden.

Grenzen der polizeilichen Beschränkung des Gewerbebetriebes (Schaftreiben). Zur Lehre vom Polizeiverordnungsrecht im Königreich Sachsen.

Urteil vom 11. Oktober 1906. III 205/06.

Bedenken ließen sich schon aus dem Umstande herleiten, daß die Polizeiverordnung von dem Gemeinderate und nicht von dem Gemeindevorstande erlassen ist. § 74 RLGO. überträgt, vorbehältlich der amtshauptmannschaftlichen Aufsicht, dem Gemeindevorstande die Verwaltung der Ortspolizei, und § 70 schreibt nur vor, daß er zum Erlasse allgemeiner Anordnungen (Regulative) in Angelegenheiten der Gemeinde oder in Bezug auf Ortspolizei, durch welche Geldstrafen bis zu 30 Mk. angedroht werden können, die Zustimmung des Gemeinderats einzuholen habe. Die Verfügung vom 6. Juni 1905 aber ist weder eine solche des Gemeindevorstands, noch eine allgemeine, regulativmäßige Anordnung. Indessen kommt in Betracht, daß sie immerhin unter Mitwirkung des Gemeindevorstands,

in Ausübung der ihm zustehenden Polizeigewalt ergangen ist und aus diesem Gesichtspunkte es vielleicht angängig erscheinen dürfte, sie dem § 74 zu unterstellen. Außerdem liegt insoweit eine Revisionsrüge nicht vor. Dies würde freilich nicht hindern, die bemängelte Gültigkeit der Polizeiverordnung nach allen Richtungen zu prüfen (Motive zu § 384 StPO. S. 213; Löwe zu § 384 a. O.; RGSt. 33, 21, 213), doch verüberflüssigt sich eine nähere Erörterung hierüber aus nachersichtlichen Erwägungen.

Gegenstand der ortspolizeilichen Fürsorge sind unter anderem nach § 74 a b RLGO. die Sicherheit der Person und des Eigentums und die Abwehr von Friedensstörungen, ferner Bau, Unterhaltung, Reinigung und Beleuchtung öffentlicher Wege, Plätze, Wasserläufe und Brücken, sowie die Sicherung des freien Verkehrs auf ihnen. Hiernach, in Verbindung mit Verordnung vom 9. Juli 1872, den Verkehr auf öffentlichen Wegen betreffend, §§ 1, 4, 5 und StGB. § 366[10], war es der Ortspolizeibehörde von G. an sich unbenommen, diejenigen Anordnungen rücksichtlich des G.-L.er Kommunikationswegs zu treffen, die sie zur Förderung der hervorgehobenen Zwecke, worunter auch die Verhütung von Belästigung der Ortsbewohner durch gewisse Arten des Verkehrs fallen konnte, für notwendig oder angemessen erachtete. Über Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit derartiger Anordnungen, ist im Rechtswege nicht zu befinden, Gesetz vom 8. März 1879, § 6. Anerkanntermaßen (Sächs. Oberlandesgericht 4, 31; 11, 497; KG. in GA. 41, 167) beeinträchtigt dies jedoch die Befugnis und Aufgabe der Gerichte nicht, im Einzelfalle zu untersuchen, ob die in Frage stehende Polizeiverordnung sich mit den Reichs- und Landesgesetzen sowie sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereine. In Betreff dieses Erfordernisses nun weist die beanstandete Verfügung mehrfache Mängel auf.

Die Strafgewalt der Ortspolizeibehörde reicht nicht so weit, willkürlich Sonder-Strafdrohungen gegen bestimmte einzelne Personen zu erlassen und mit Spezialstrafen wider diese einzuschreiten. Ungebührliches Verhalten Einzelner kann wohl, namentlich wegen der Gefahr, daß auch Andere es künftig betätigen, den Anstoß für polizeiliche Verordnungen mit Strafdrohungen darbieten, immer aber darf sich die Polizeiverordnung, will sie den sie allein rechtfertigenden Boden des öffentlichen Interesses nicht verlassen, nur an die Allgemeinheit wenden (Verordnung vom 15. September 1879, § 1, Abs. 2, S. 1; Beschluß des Ministeriums des Innern vom 19. April 1884 in Fischer 5, 285; Oberlandesgericht München 1, 50. 59.). Wäre also, worauf Entstehung und Inhalt der G.er Polizeiverordnung hindeuten, ihr ausschließlicher Zweck der, den durch das Treiben der S.'schen Schafherde erzeugten Belästigungen der Anwohner entgegenzutreten, würden in G. von anderen Personen Schafe überhaupt nicht gehalten oder getrieben und müßten die verfügten Verkehrsbeschränkungen mit Notwendigkeit dazu führen, dem Angeklagten S. das Einstellen von Schafen in G. schlechterdings unmöglich zu machen, so würde, selbst wenn Schikane oder persönliches Übelwollen bei alledem nicht ins Spiel käme, allerdings die Rechtsgültigkeit der Polizeiverordnung erheblichen Zweifeln ausgesetzt sein. Noch mehr steigern müßten sich diese, dafern es sich ergäbe, daß unter Veranschlagung der gesamten für die Angeklagten in Betracht zu ziehenden Umstände ihnen die Verkehrsfreiheit in einem mit den staatsbürgerlichen Rechten unverträglichen Umfange verkümmert und der Gewerbebetrieb in G. geradezu abgeschnitten wäre. Maß und Ziel der der Wegepolizei eingeräumten Befugnis zu Verkehrseinschränkungen (vgl. Verordnung vom 9. Juli 1872, §§ 2, 4, 5) ist stets das öffentliche, billig und gerecht abzuwägende Interesse, das, sofern auf Wegen und Plätzen ein Verkehr für das Publikum eröffnet wird, einerseits zwar eine gebührliche Ausübung des Verkehrsrechts fordert, andererseits aber auch den Anwohnern das Erdulden eines nach den Verhältnissen erträglichen Maßes von Geräusch, Staub und ähnlichen mit dem Verkehre verknüpften Unannehmlichkeiten, ohne die er seiner Natur nach nicht ins Werk gesetzt werden kann, ansinnen muß. Dem Grundsatze der Gewerbefreiheit (Gew.-O. § 1) liefe es ferner zuwider, wenn die Beschränkung der Verkehrsfreiheit zugleich eine derartige Einengung der Ausübung eines erlaubten Gewerbebetriebes in sich schlösse, daß dieser im Erfolge gänzlich vereitelt würde. Gegenüber den in diesen Richtungen von den Angeklagten nicht ohne Grund bereits früher erhobenen Einwendungen und dem, was das erstinstanzliche Urteil für die Ungültigkeit der Polizeiverordnung heranzieht, wäre insbesondere eine Erörterung der Fragen beanzeigt gewesen, ob die beiden vorgedachten Kommunikationswege die einzigen Zugänge zu dem Weideplatze bilden, ob der Z.er Kommunikationsweg auf G.er Gemeinde-

flur liege und überhaupt der Polizeigewalt des Gemeindevorstands zu G. unterfalle, ob es notwendig sei, die Schafe mittags zur Tränke oder sonst zum Schutze vor Unwettern heimzutreiben, nicht minder, welche Bedeutung und Tragweite die Polizeiverordnung im ganzen besitze, ob sie insbesondere nicht durch die Vorschreibung festbestimmter Triftwege und Triftzeiten für alle Personen innerhalb des G.er Gemeindebezirks, die sich mit der Schafhaltung irgendwie befassen, gesetzlich geschützte Interessen verletze. Die hieraus entspringenden Bedenken würden dazu nötigen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuweisen, wäre nicht aus einem anderen Grunde ohne weiteres zur Freisprechung der Angeklagten zu gelangen.

Wie Rechtslehre und Rechtsprechung überwiegend annehmen und in Sachsen unstreitig ist, gelten für den Inhalt der Strafbestimmungen der Polizeibehörden die nämlichen Grundsätze wie für Strafgesetze. Die strafrechtliche Norm und die Strafdrohung muß mit den gewählten Worten zweifelsfrei ausgesprochen sein; der Tatbestand der strafbaren Handlung muß sich mit hinlänglicher Sicherheit erkennen lassen, bestimmt und gemeinverständlich sein; auf unsichere und dehnbare Normen eine Strafbestimmung zu gründen, ist schlechthin ausgeschlossen (v. Feilitsch im Sächs. Archiv 1906, 217 und Zit. das.) In allen diesen Punkten haften der Polizeiverordnung vom 6. Juni 1905 wesentliche Mängel an. Ganz abgesehen von der mißverständlichen Fassung der Norm als Gebotsnorm, setzt die Strafbestimmung fest, daß das Treiben der Schafe „vormittags 6 Uhr" auf dem öffentlichen L.er Kommunikationswege hin zu erfolgen habe. Wie das durchführbar sein soll, ist nicht verständlich. Der bezeichnete Weg besitzt eine nicht unbeträchtliche Ausdehnung und ist jedenfalls von seinem Anfangs- bis zu seinem Endpunkte nicht in wenig Augenblicken zu passieren. Die Beschränkung des zulässigen Schaftreibens auf den lediglich einen Moment umfassenden Zeitpunkt „vormittags 6 Uhr" bedingt darum die Unmöglichkeit, überhaupt die Schafe vormittags straflos auf dem Wege zu treiben, denn bereits eine Minute nach 6 Uhr vormittags würde z. B. nach dem Wortlaute der Norm die Strafbarkeit des Treibens eingetreten sein. Gemeint ist ja gewiß, daß das Treiben der Schafe „vor" oder „bis" 6 Uhr vormittags zu geschehen habe und späterhin verboten sei. Zum Ausdruck gebracht ist jedoch dieser Gedanke nicht. Unklar bleibt des ferneren, wenigstens wenn man davon ausgeht, daß die Polizeiverordnung sich an die Allgemeinheit und nicht bloß an die Angeklagten wendet, was die Worte „hin" und „zurück" in ihr besagen sollen. Denn es fehlt an jeder Angabe, von welchem Anfangs- und nach welchem Endpunkte der Fortbewegung der Tiere hierbei gerechnet wird, und dieser Mangel macht sich um so fühlbarer, als bei dem etwaigen Austreiben von Schafen seitens anderer Gemeindemitglieder der Begriff des „Hin-" und „Zurücktreibens" natürlich vielfachem Wechsel unterliegt. Endlich befindet sich entweder die Tragweite der Polizeiverordnung, wie diese nun einmal lautet, mit der Verkehrs- und Gewerbefreiheit in unlösbarem Widerspruch, indem die Gebotsnorm gleichzeitig als Kehrseite begrifflich das Verbot, die Schafe zeitlich und örtlich anders als vorgeschrieben zu treiben, enthält, somit auch die von den Angeklagten im einzelnen oben zu Ziff. 4 der Revisionsbegründung angeführten Möglichkeiten ausschließt, eine Folge, die vernünftigerweise von ihr nicht gewollt sein kann und sicherlich nicht gewollt ist, oder die Polizeiverordnung bietet doch dem Zweifel Raum, ob sie nicht diesen Willensinhalt als Norm aufstelle und die Zuwiderhandlung mit Strafe bedrohe. Mindestens herrscht also auch insoweit Unsicherheit, und es waltet die Gefahr vor, daß die unklare und dehnbare Strafbestimmung gegebenenfalls in anderem Sinne, als ursprünglich mit ihr beabsichtigt gewesen, ausgelegt wird. Angesichts der dargelegten, in objektiver wie ebenso subjektiver Beziehung die Annahme eines Verschuldens der Angeklagten erschütternden Mängel ist daher der gemeinderätliche Beschluß vom 6. Juni 1905 als ungültige Strafnorm anzusehen und gemäß § 394 StPO. auf Freisprechung der wegen ihrer Übertretung belangten Angeklagten zu erkennen.

Höheres oder niederes Kunstinteresse in Fällen des § 33a GewO. Polizeiliche Kontrolle der Vortragsstücke. Kunstscheine. Guter Glaube.

Urteil vom 25. Oktober 1906 III, 215/06.

In seiner Schankwirtschaft zu C. bietet der Angeklagte zur Steigerung des Zuspruchs seinen Gästen seit Jahren täglich von nachmittags 4 bis abends 11 Uhr

durch einzelne Künstler oder durch Künstlertruppen öffentlich Instrumental-, Gesangs- und deklamatorische Vorträge gegen einen Bieraufschlag und ein Programmentgelt dar. Am 16. März 1906 wurden ebenda von einer aus 4 Personen bestehenden Truppe neben anderen auf Anzeige von dem städtischen Polizeiamte unbeanstandet gebliebenen Stücken 3 in dem ihm zur Kontrolle überreichten Verzeichnisse nicht aufgenommene öffentlich zum Vortrag gebracht, nämlich eine Deklamation „Die 4 Kranken", ein humoristisches Stück „Verhunzte Kunst" und ein Lied „Nimm mich mit", ohne daß der anwesende Angeklagte hiergegen einschritt.

Nach ständiger, dem Angeklagten bekannter Übung hatte das Polizeiamt auch im vorliegenden Falle nur den Vortrag solcher Stücke genehmigt, die im vorgelegten Verzeichnisse aufgeführt und nicht, in Anbetracht des nach behördlicher Ansicht mangelnden höheren Kunstinteresses, gestrichen worden waren.

Trotzdem spricht das LG. den Angeklagten von der ihm beigemessenen Zuwiderhandlung gegen § 147,1 der Gew.-O. und § 8 Abs. 1 des Regulativs der Stadt Ch. vom 22. Dezember 1890, die Musikaufführungen usw. betr., frei. Die Revision der StA. erscheint begründet.

Bei der Prüfung des Sachverhalts an der Hand der G e w e r b e o r d n u n g gelangt das LG. zur Verneinung einer strafbaren Verfehlung des Angeklagten um deswillen, weil er eine Aufführung im Sinne von § 33a Gew.-O. nicht veranstaltet habe, bei jenen 3 Stücken der Mangel eines höheren Kunstinteresses nicht anzunehmen oder doch nicht feststellbar und jedenfalls der Angeklagte des guten Glaubens gewesen sei, ein solches höheres Interesse habe bei ihnen obgewaltet. Der Revision muß eingeräumt werden, daß dies allenthalben den erheblichsten Bedenken begegnet.

Die Vorderinstanz vertritt die Meinung, daß die V e r a n s t a l t u n g des Angeklagten nicht einzelne Programmnummern, sondern das ganze Programm betroffen habe; die Veranstaltung sei das Auftreten der Künstler mit ihrem Programme an den einzelnen Tagen, wohne dem Programm im Ganzen ein höheres Kunstinteresse inne, so werde diese Eigenschaft nicht durch einzelne, eines solchen Interesses entbehrende mitvorgetragene Nummern beseitigt; das gelte auch hier, wo hinsichtlich der übrigen Vortragsstücke, die die weit überwiegende Mehrzahl gebildet hätten, die Polizei selbst das Vorhandensein des höheren Interesses bejaht habe. Dem läßt sich indes nicht beipflichten. § 33a der Gew.-O., den das angefochtene Urteil für sich anzieht, erstreckt sich nach seinem klaren Wortlaute und Sinne auf a l l e dort bezeichneten Darbietungen von minderem Kunstinteresse, gleichviel ob sie einzeln oder im Zusammenhange miteinander oder mit anderen Aufführungen stattfinden. Abgesehen hiervon handelt es sich bei gewerblichen Unternehmen der hier fraglichen Art, zu denen das des Angeklagten gehört, regelmäßig nicht um Vorführung von musikalischen oder literarischen Werken, die, wie z. B. Opern und Schauspiele, nach Vorwurf, Plan und Entwicklung ein systematisch gegliedertes Einheitsgebilde verkörpern, sondern um die Darbietung je nach dem Belieben des Veranstalters oder Leiters lose aneinander gereihter und allein durch den Zweck der Belustigung des wechselnden Publikums verbundener Stücke, die natürlich darum nicht mehr zu Gliedern eines einheitlichen Ganzen werden, weil sie auf einem und demselben Zettel hintereinander aufgezählt und an einem bestimmten Orte und binnen bestimmter Zeit der Reihe nach vorgetragen werden. In dieser Beziehung gleichen derartige Lustbarkeiten und glich offenbar auch die am 16. März 1906 denen des § 33a Gew.-O., der dem Unwesen der sogenannten Singspielhallen vorzubeugen bezweckt, mögen auch die vom Polizeiamte nicht beanstandeten Programmnummern von höherem Kunstinteresse gewesen sein. Es ist deshalb begrifflich und sachlich unzulässig, zu sagen, der Angeklagte habe nur eine einheitliche Aufführung veranstaltet, deren Wesen sich danach bestimme, ob bei ihrem Inhalte überwiegend ein höheres Kunstinteresse obgewaltet habe. Ein jeder abgeschlossene Einzelvortrag von der Beschaffenheit wie hier trägt einen selbständigen Charakter an sich, der sich nicht schon dadurch verändert, daß neben diesem Vortrage andere stehen. Bei dem Begriffe der Veranstaltung nur das aus solchen Einzelvorträgen zusammengesetzte Programm im Ganzen, nicht auch in seinen einzelnen Teilen ins Auge zu fassen, ist unhaltbar, weil mit dem Ganzen notwendig auch seine Teile v e r a n s t a l t e t werden, und führt außerdem zu dem logischen Abwege, daß alsdann folgerichtig davon überhaupt schwerlich mehr die Rede sein könnte, es seien die verschiedenen einzelnen Stücke des Programms d a r g e b o t e n worden. Mit Recht weist auch die

Digitized by Google

Staatsanwaltschaft auf das weitere unannehmbare praktische Ergebnis der Auffassung des Landgerichts hin, daß es diesfalls völlig der Willkür des Veranstalters oder Leiters der Darbietungen anheimstehen würde, eine größere Anzahl polizeilich aus öffentlichen Rücksichten begründetermaßen beanstandeter oder zu beanstandender Stücke dem Programme, falls bei ihm nur ein höheres Kunstinteresse noch überwiege, hinzuzufügen und so das Gesetz straflos zu mißachten. Insofern könnte sich in der abzulehnenden vordergerichtlichen Auslegung des Merkmals der Veranstaltung nach § 33a Gew.-O. allerdings ein richtiger Gedanke verbergen, als die ohne weiteres erlaubte Darbietung von Lustbarkeiten höheren Kunstinteresses nicht bereits dann sich in ein konzessionspflichtiges Gewerbe verwandelt, wenn dabei gelegentlich, ganz vereinzelt der Vortrag eines minderwertigen, jenes Interesses ermangelnden Liedes oder sonstigen Stücks miteinfließt, ohne daß hierauf die a. O. verb. mit § 1 Gew.-O. vorausgesetzte Absicht, damit eine ständige Erwerbsquelle zu erschließen und auszubeuten, überhaupt abzielt. Von diesem künftig noch zu erörternden Gesichtspunkte aus ist indessen das Verhalten des Angeklagten bisher nicht gewürdigt worden.

Ob nun der Darbietung der erwähnten 3 Nummern ein höheres Kunstinteresse zuzuerkennen sei, ist unstreitig Sache der Beweiswürdigung und es würde insoweit die Freisprechung des Angeklagten durch die Annahme der Negative, es habe sich das Fehlen jener Eigenschaft nicht feststellen lassen, getragen sein. Das LG. geht jedoch hierbei von Erwägungen aus, die mehrfach Denk- und Rechtsfehler enthalten und deswegen nach der ständigen Praxis des Strafsenats wie des Reichsgerichts der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterfallen. Beherrscht wird die Vorinstanz namentlich von einem doppelten Irrtum. Unzutreffend ist es nämlich zunächst, wenn von ihr bei Beantwortung der je nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles verschieden zu lösende Frage„ ob ein höheres Kunstinteresse obwalte, das alleinige Gewicht auf den wörtlichen Inhalt des Vorgetragenen gelegt wird. Der Text einer Deklamation oder eines Liedes mag vielleicht den hauptsächlichen und für die Polizeibehörde bei der Beschlußfassung auf die Anzeige des Gewerbebetriebes vom Standpunkte des § 33a Gew.-O. aus in der Regel den einzigen greifbaren Anhalt bieten, ausschließlich entscheidend für den Richter kann er nicht sein. Neben dem Texte her, ihm möglicherweise gleich oder sogar ihn überragend an Bedeutung, läuft dessen Versinnlichung durch Sprache, Melodie, Gesten und sonstige Darstellung. Dies hätte um so weniger übersehen werden dürfen, als von dem Sachverständigen St. betreffs des Liedes „Nimm mich mit“ ausdrücklich auf die Seichtheit der Vertonung, das Abgegriffene der einzelnen musikalischen Wendungen und auf die Wertlosigkeit des Liedes auch bei gutem Vortrage hingewiesen worden war und als es weiter eine allgemein bekannte Erfahrungstatsache ist, daß selbst ein Werk von hohem Kunstinteresse durch die Art des Vortrags absichtlich oder unabsichtlich herabgezerrt und dieses Interesses gänzlich beraubt werden kann. Nicht minder unzutreffend ist die vordergerichtliche Überschätzung der kreishauptmannschaftlichen Kunstscheine, die die vom Angeklagten in Dienst genommenen Künstler besaßen. Die Gewerbeordnung sieht die Ausstellung von Kunstscheinen nirgends vor. Wie das K. Ministerium des Innern in der VO. vom 7. Oktober 1905, bei Fischer 30, 121, s. auch das. 18, 310, bemerkt, hat diese bloß den Zweck, den unteren Verwaltungsbehörden ihre Entschließung über die Statthaftigkeit der Darbietungen zu erleichtern und eine übereinstimmende Beurteilung der Frage, ob ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft vorliege, nach Tunlichkeit zu sichern. Die Erteilung des Kunstscheins erspart zwar die Lösung eines Wandergewerbescheins (§ 55 Gew.-O.) und bestätigt, daß nach dem Dafürhalten der Kreishauptmannschaft die Befähigung des Inhabers zu besseren künstlerischen Leistungen dargetan sei, leistet aber natürlich keine Gewähr dafür, daß die Befähigung in der vorausgesetzten Weise ausgeübt wird, noch kann und will sie die eigene Entschließung des zur Aburteilung eines Straffalls zuständigen Gerichts beschränken. Stets wird es, da der Kunstschein kein Freibrief für einen Kunstmißbrauch ist, darauf ankommen, wie und an welchem Orte die Ausführenden ihr Können betätigen, und es ist ein Fehlschluß, wenn das LG. anlangend die Programmnummern „Verhunzt ist die Kunst“ und „Nimm mich mit“ aus dem bloßen Vorhandensein von Kunstscheinen, mögen sie sich auch gerade auf diese Stücke beziehen, „in Ermangelung von Anhaltspunkten für das Gegenteil“ folgert, daß „die Angeklagten in einer Art und Weise vorgetragen haben, die ein höheres Kunstinteresse nicht vermissen lasse“. Der nämliche Irrtum und die nämliche

ungerechtfertigte ausschließliche Betonung des textlichen Inhalts des Dargebotenen kehren wieder bei der Verwertung des sich gleichsam als ein Privatkunstschein darstellenden Zeugnisses des Musikschulleiters L. für das Lied „Nimm mich mit", ganz abgesehen davon, daß es sich über die Befähigung einer fremden, gegenwärtig unbeteiligten Sängerin verbreitet und über das Lied selbst nichts näheres besagt, ferner die Bemerkung des LG., „man müsse gleichwohl davon ausgehen, daß er es sich von dieser Sängerin habe vortragen lassen", sich auf den schwankenden Boden reiner Vermutungen begibt, und die Hinzufügung, der Komponist des Liedes genieße einen Ruf auf dem Gebiete leichter Musik, ebensowenig den logischen Schluß verstattet, daß bei der Darbietung des Liedes ein höheres Interesse der Kunst obgewaltet habe. Endlich muß es auf Grund des schon Gesagten als abwegig bezeichnet werden, wenn das LG. die Deklamation „Die 4 Kranken" schlechthin deshalb aus den Kreis seiner Betrachtungen ausscheidet und eine Nachprüfung ablehnt, weil der Text des Stückes nicht vorliege. Darauf, daß er annehmbar ohne Schwierigkeit hätte herbeigeschafft werden können, deutet die Erlangbarkeit der anderen Vortragstexte hin und über die Beschaffenheit der Darbietung ist durch die Abhörung des Zeugen D. Beweis erhoben worden, die Möglichkeit einer Nachprüfung war hiernach gegeben.

Vorstehende im wesentlichen auf rechtsirrtümlichen Grundlagen ruhenden Beweiswürdigungen im Bereiche des objektiven Tatbestands äußern ihren Einfluß auch auf den subjektiven Entscheidungsgrund, den die Vorinstanz für die Verneinung einer Zuwiderhandlung gegen § 147[1] Gew.-O. als ausschlaggebend bezeichnet, daß der Angeklagte den guten Glauben gehegt habe, es sei mit dem Vortrage der 3 Stücke ein höheres Kunstinteresse verknüpft gewesen. Zudem kommt in Betracht, daß gegenüber der Schutzbehauptung des Angeklagten, er habe früher in einem dem seinigen gleichen D.er Konzertlokale dieselben Stücke „Verhunzte Kunst" und „Nimm mich mit" von der Polizei unbeanstandet auf Grund eines Kunstscheins vortragen hören, völlig unerwogen geblieben ist, ob er nicht aus der gegenteiligen Anordnung der Polizeibehörde am Orte seines Gewerbebetriebes Zweifel über die Statthaftigkeit ihrer Nichtbeachtung schöpfen mußte und demgemäß mit eventuellen rechtswidrigem Vorsatze gehandelt habe. Weiter widerspricht sich das angefochtene Urteil darin, daß es einmal den Bildungsgrad des Schutzmanns D. zu der Beurteilung des Maßes des Kunstinteresses der Darbietungen nicht für ausreichend erachtet und hinwiederum, indem es auf sein Nichteinschreiten gegen die Darbietungen den guten Glauben des Angeklagten stützen will, zu der Unterstellung genötigt ist, derselbe Zeuge habe immerhin kraft der ihm von seiner Dienstbehörde zugetrauten Fähigkeit die Vortragsstücke sachgemäß kontrolliert und ihnen auch seinerseits im Einklange mit der gerechtfertigten Ansicht des Angeklagten ein höheres Kunstinteresse beigelegt.

Die Aufhebung des angefochtenen Urteils ist hiernach geboten. Sie wird aber überdies durch den Umstand bedingt, daß die Rüge der Nichtanwendung des Polizeiregulativs vom 22. Dezember 1890 sich als begründet erweist. Der Gewerbebetrieb des Angeklagten, soweit er die Veranstaltung von Lustbarkeiten höheren künstlerischen Interesses zum Gegenstande hatte, war an sich erlaubt, somit an die Einholung polizeilicher Genehmigung nicht gebunden. Das schloß indes nicht aus, daß für ihn wie für irgendwelchen anderen sich mit erlaubten Dingen befassenden Gewerbebetrieb in Betracht der Art und des Umfangs seiner Ausübung seitens der zuständigen Polizeibehörde im öffentlichen Interesse gewisse Grenzen gezogen und deren Überschreitungen nach § 2[1] des A-Gesetzes vom 28. Januar 1835 mit Strafe bedroht wurden, da anerkanntermaßen § 1 Gew.-O. lediglich die Freiheit der Zulassung zum Gewerbebetriebe, nicht aber eine schrankenlose, mit dem Wohle der Allgemeinheit unvereinbare Ungebundenheit in der Ausübung der Erwerbstätigkeit verbürgt. Daß unter derartige statthafte Beschränkungen außer der Anzeigeerstattung (§ 2 Regul.) auch sonstige aus öffentlich-rechtlichen Rücksichten von der Polizeibehörde erlassene Anordnungen (s. § 5 Abs. 2 a. O.) fallen, wie die, daß bloß die im Kontrollverzeichnisse vermerkten und nicht gestrichenen Stücke vorgetragen werden dürfen, läßt sich mit Fug nicht bezweifeln (vergl. hierzu das einen ähnlichen Fall betr. Urteil des erkennenden Senats vom 18. Oktober l. J., III 208/06). Inwiefern insbesondere die letztgedachte Anordnung auf eine teilweise Untersagung des Gewerbebetriebs hinauslaufen und demzufolge dem § 5 Abs. 2 Regul. nicht zu unterstellen sein solle, ist nicht erfindlich. Hat der Angeklagte vorsätzlich oder fahrlässig der Auflage, daß nur die zur Kenntnis des Polizeiamts gebrachten und von diesem

Digitized by Google

nicht beanstandeten Stücke vorgetragen werden dürften, entgegengehandelt, so mußte seine Bestrafung nach § 8 Abs. 1 verb. mit § 5 Abs. 2 Regul. eintreten.

Ob die Voraussetzungen hierfür wie für die Anwendung der §§ 33a, 147^1 Gew.-O. vorliegen, ist seitens der Vorinstanz, an die, nach Aufhebung des Urteils mit den darin enthaltenen Feststellungen die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung — auch über die Kosten des Revisionsverfahrens — zurückzuverweisen war (§§ 393 folg. 505 StPO.), unter Beachtung obiger Richtlinien und Rechtsauffassung, nochmals eingehend zu prüfen.

Zur Auslegung von § 368^9 StGB. Geschlossene Privatwege. Begriffsmerkmale der Öffentlichkeit eines Wegs.

Urteil vom 1. November 1906. III 226/06.

§ 368g StGB. droht, soweit er hier einschlägt, dem Strafe an, der unbefugt auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege fährt. Hierbei wird, wie schon aus dem Begriffe und der üblichen Anschlags- und sonstigen Form der Warnungszeichen, die nach ihrer Zweckbestimmung lediglich eine Willensäußerung zur Kenntnis bringen, die Benutzung des Wegs aber nicht schlechthin verhindern wollen, hervorgeht, keineswegs ein tatsächlicher und völliger mechanischer Verschluß des Weges gefordert. Vielmehr ist die Vorschrift sinngemäß dahin auszulegen, daß es genüge, wenn durch hinreichend erkennbare Warnungsmittel am Wege kundgemacht sei, daß dieser entweder überhaupt nicht oder doch nur in gewissem Umfange benützt werden dürfe. Das ist hier geschehen. Ein klares Verbot des Befahrens des W.-L.er Weges mit schwerem Lastfuhrwerk, wozu das des Angeklagten gehörte, lag vor und es war gleichgültig, ob die dem Verbote beigefügte Strafdrohung zu Recht bestand oder nicht, da § 368^9 allein die Tatsache der Untersagung des Wegegebrauchs im Auge hat.

Der Angeklagte bekämpft in der Hauptsache auch bloß die vorinstanzliche Annahme, daß der bezeichnete Weg ein Privatweg sei.

Ob ein Weg die Eigenschaft eines privaten oder eines öffentlichen besitze, hat, wenn hierüber im Strafverfahren Streit herrscht, nach §§ 260, 261 Abs. 1 StPO. das Gericht nach seiner freien aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden, ohne an die Ansichten oder Verfügungen anderer Behörden gebunden zu sein (vergl. Löwe, StPO. a. O. und Entsch. des OLG. München 3, 152). Die etwaige Aussetzung der Untersuchung behufs Klarstellung präjudizieller Rechtsverhältnisse steht im Ermessen des Gerichts, § 261 Abs. 2 StPO., und die vom Angeklagten bemängelte Ablehnung des Antrags auf Aussetzung bietet gemäß § 380 keinen Revisionsgrund dar. Selbstverständlich wird das Strafgericht bei der Prüfung jener Streitfrage die allgemein anerkannten Grundsätze des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, die Praxis der obersten Verwaltungsinstanzen und die in der zur Verhandlung stehenden Sache getroffenen Vereinbarungen oder ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen nicht außer acht lassen dürfen, indes ist es die Aufgabe des Strafprozesses, immer nur den einzelnen Fall zum Austrag zu bringen, und nach der Stellung des Strafgerichts im Behördenorganismus von vornherein ausgeschlossen, daß hierbei durchgängig diejenigen Bestimmungen zu berücksichtigen seien, die verwaltungsrechtlich bei Feststellung der privat- oder öffentlichrechtlichen Eigenschaft eines Weges oder bei Einziehung von Wegen für wie gegen die Allgemeinheit gelten. Es scheidet deshalb alles das aus, was die Revision aus der Nichtberücksichtigung des § 11 Ziff. 6 des K. Sächs. Gesetzes v. 21. April 1873 für sich entnehmen zu können glaubt, ganz abgesehen davon, daß nach dem unten Bemerkten von einer a. O. vorausgesetzten „Irrung" überhaupt nicht die Rede sein kann. Im übrigen ist aber auch nicht erkennbar, inwiefern das Landgericht von falschen Rechtsanschauungen beeinflußt gewesen sei. Es würdigt sorgsam und ausführlich die früheren Meinungsverschiedenheiten zwischen der Stadtgemeinde und der Königlichen Amtshauptmannschaft L. in Betreff des W.-L.er Weges und deren Erledigung durch die Beschlüsse der Amtshauptmannschaft vom 17. Juli 1888 und 16. November 1891 (A. ders. XIX. 6 Nr. 178 Bl. 24. 32), worin diese unter Aufgebung des zeither festgehaltenen gegenteiligen Standpunktes erklärt, daß die gegenwärtig fraglichen Wegestrecken auf Parz. 38 des Flurb. für B. und Parz. 332 des Flurbuchs für L. als öffentliche Wege nicht anzusehen und zu behandeln

Digitized by Google

seien, und womit also die damalige Irrung endgültig beseitigt wurde. Hieraus, in Verbindung mit den weiteren Tatsachen: daß nunmehr auf Antrag des Rats der Stadt L. die Besteuerung des Wegeareals, die Flurbuchsberichtigung unter Bezeichnung der Wegestrecken als „Wirtschaftswege" („infolge Einziehung eines öffentlichen Weges und Besteuerung desselben"), und die grundbücherliche Hinzuschreibung der Parzellen auf Bl. 12 für B. und Bl. 128 für L. zu dem rechts und links des Weges gelegenen, längst im Eigentume der Stadt befindlichen Areal geschah, daß die Stadt L. den Weg unterhält, daß dieser an Privatgrundstücken beginnt und endet, ja sogar am W.er Rittergut eine Brücke überschreitet, für deren Benützung seit 1843 mit ministerieller Genehmigung ein privates Brückengeld erhoben wird, endlich daß er auch von der allgemeinen Meinung der an seinem Gebrauche interessierten Kreise als Privatweg angesehen wird — aus alledem ist im angefochtenen Urteile ohne Denk- und Rechtsfehler geschlossen, daß der Weg ein privater sei und der Angeklagte dies gegen sich gelten lassen müsse. Die Gesamtheit der hierbei erwogenen Umstände rechtfertigt das gewonnene Ergebnis, mag auch sonst im einzelnen, je für sich betrachtet nicht entscheidend sein, wem der Grund und Boden, auf dem der Weg hinläuft, gehöre, ob er versteuert, im Flurbuche eingetragen sei und dergl. Etwas anderes besagen auch die in der Revisionsschrift angeführten Erkenntnisse des Sächs. OVG. nicht, insbesondere beabsichtigen sie nicht, dem entgegen zu treten, daß die hervorgehobenen Einzelumstände gegebenenfalls sehr wohl als Anhaltspunkte, wennschon von wechselndem Werte, zu dienen vermögen. Ersichtlich, und dies ist das Wesentliche, erblickt das LG. mit der gemeinen Meinung die Begriffsmerkmale eines öffentlichen Wegs, sofern er nicht von vornherein als öffentlicher angelegt und dem öffentlichen Verkehre gewidmet ist, darin, daß er dem freien und ungehinderten Gebrauche der Allgemeinheit zum Zwecke der Fortbewegung von Personen oder Sachen tatsächlich mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung aller Beteiligten von jeher gedient hat. Daß dabei unbeachtet geblieben sei, es müsse für diese Benützung auch ein entsprechendes Bedürfnis, das sie als notwendig erscheinen lasse, obwalten, erhellt nicht, und es ist die hierauf abzielende Rüge des Angeklagten als unbegründet zurückzuweisen. Ebensowenig bedarf es einer Erörterung der sehr bestrittenen Frage, ob das sächsische Recht beschränkt öffentliche Fahrwege kennt oder nicht (s. hierzu u. a. Fischers Ztschr. 16, *224.* 21, *322.* 22, 56 58); denn gegenwärtig handelt es sich um einen Weg, der überhaupt nur ein privater Wirtschaftsweg ist und von dem zur Verfügung hierüber berechtigten Eigentümer nicht etwa Dritten zur beliebigen Benützung freigegeben war.

In subjektiver Hinsicht ist vom Berufungsgericht festgestellt, daß der Angeklagte mit Eventualvorsatz gehandelt hat. Aus seiner Kenntnis von den Rechtsansprüchen der Stadtgemeinde L. auf den Weg, aus seiner an den zuständigen Gutsvorsteher D. am 10. Juli 1905 gerichteten Bitte, ihm das Befahren des Weges mit Mühlgeschirren dafern nötig gegen Entgelt zu gestatten, und aus dem ihm am 9. August 1905 zugegangenen Widerruf der ihm zeitweilig gewährten Erlaubnis konnte trotz der ihm mitgeteilten entgegengesetzten persönlichen Rechtsauffassung des damaligen Vorstands der Amtshauptmannschaft L. mit Fug gefolgert werden, daß er mit der Möglichkeit der privaten Eigenschaft des Weges und der Rechtswirksamkeit des Verbots gerechnet und für diesen — hier gegebenen — Fall die Zuwiderhandlung gewollt und durch die an die Wagenführer erteilten Anweisungen ins Werk gesetzt habe. Was der Angeklagte hierzu noch unter Ziff. V seiner Revisionsschrift über früheren Mahlzwang und über die Frage der Einräumung eines Notweges darlegt, bewegt sich auf dem Gebiete leerer Vermutungen und bloßer Aussichten für die Zukunft.

Sind aber nach obigem die Tatbestandsmerkmale der Übertretung des § 368[9] StGB. gedeckt, so war die Revision des Angeklagten mit der Kostenfolge des § 505 StPO. als unbegründet zu verwerfen.

Digitized by Google

Miszellen.

Ein Menschenopfer.

Von Herbert Mueller, Halensee b. Berlin.

Dieser in vieler Hinsicht hochinteressante Fall trug sich anno 1904 im Bezirk Dacca (östliches Bengal) zu. Nach einem Bericht im Statesman schreibt Mr. Edwardes I. C. S. darüber im Journal of the Anthropological Society of Bombay, vol. VII. Dem folgend referieren wir hier kurz.

Ein Sadhu (Bettelmönch) glaubte, „Kalki Avatar", das ist die letzte, noch zu erwartende Incarnation Vishnu's zu sein. Dieser Messias-Vishnu wird nach dem Glauben seiner Anhänger den alten paradiesischen Zustand wieder herstellen. Ein anderer Sadhu schloß sich dem ersten Bettelmönch, den wir kurz als Messias bezeichnen wollen, an. Beide kamen auf ihren Wanderungen eines Tages in ein Dorf des Distriktes Dacca, wo ein Kurpfuscher Lal Mohan Mazumdar hauste. Dieser wurde mit den beiden Sadhus bekannt und bald ein Anhänger des Messias. Eine Verwandte des Volksdoktors erkrankte an der Cholera, und der Messias, der natürlich um Rat angegangen wurde, ließ verstehen, daß nur ein Menschenopfer helfen könne. Ein gewisser Ananda wurde dazu ausersehen, der sich mit Enthusiasmus in seine Rolle fügte. Der zweite Sadhu wußte ihn für den Messias zu begeistern, so daß er sich vollkommen in die Hand des vermeintlichen Vishnu gab, in der Hoffnung, dann in den Himmel versetzt zu werden. So vorbereitet wurde er nun auch von dem beabsichtigten Opfer unterrichtet und bot sich sofort selbst an: „Warum bleibt der Sadhu so lange unbekannt? Töte mich und predige die wahre Religion! der Sadhu ist Jagat Guru.[1]) Wenn er mich tötet, werden alle Menschen seine Macht anerkennen!" und: „Töte mich für die Sache der wahren Religion, damit der Ruhm der Kala Chard sich über die Welt verbreite!"

An dem bestimmten Tage versammelten sich die Beteiligten in dem Hause des Lal Mohan. Ananda warf sich vor dem Messias auf den Boden und bat dessen Jünger, ihn zu töten. Der erste Sadhu kniete auf Anandas Rücken und stieß ihm das Trisal (triśula-Dreizack) des Sadhu in den Nacken. — Dann nahm er ihn bei den Haaren und schleppte ihn hinaus. Wenige Minuten später aber erschien Ananda wieder, trank das Wasser, in dem der Messias seine Füße gebadet hatte, und rief: „Mit dem Trisal habt ihr mich nicht getroffen, schlagt mich mit einem Messer nieder!" Der Lal Mohan frug den Messias, ob es jetzt Zeit sei, der bejahte, und sein Jünger ergriff Ananda bei den Haaren, der Sadhu setzte seinen Fuß auf ihn und stach ihm sein Ganja-Messer in die Brust. Der Leichnam wurde weggeworfen.

Das Urteil des Gerichtes lautete auf Zuchthaus verschiedener Dauer für die drei Angeklagten. Der Gerichtshof nahm an, daß die Angeklagten infolge von Ganja-Rauchen einem momentary mental derangement und religious delusions unterworfen waren, aber actual mental disease nicht vorliege.

Mit Recht hebt Edwards hervor, daß das höchste Interesse erregen muß, was auf den eigentlichen Mord, dessen Charakter ja ganz klar ist, folgte. Ohne leider auf das Tatsächliche einzugehen, spricht er davon, daß nach dem Morde mehrere Weiber aus dem Haushalt des Lal Mohan hineingeschleppt wurden und mit diesen sadistische Handlungen vorgenommen wurden (obscene outrages, most barbarous and obscene ill-treatment, lustfull cruelty). Es ist Edwardes wohl darin Recht zu geben, daß der Grund des Mordes rein religiös war und die sexuelle Aufregung ungewollt durch das grausame Hinschlachten des Opfers ausgelöst wurde. Die Arbeiten besonders deutscher Gelehrter, auf die Edwardes sich auch beruft, haben bereits gezeigt, wie nahe Grausamkeit und Geschlechtstrieb liegen; ein derartig klarer Fall dürfte bisher wohl nur selten zur Beobachtung gekommen sein.

[1]) Jagat bedeutet Zauhermächte, und da die Materie Illusion ist, auch diese; Guru heißt Lehrer. cf. G. Oppert, Original Inhabitants of India (Madras 1893), p. 387, 346.

Statistik der Selbstmorde in Bombay.

Von Herbert Mueller, Halensee b. Berlin.

Eine Statistik der Selbstmorde in Bombay gibt für die Jahre 1900—1905 Khan Bahadur Bomanjee Byramjee Patell im Journal of the Anthropological Society of Bombay vol. VII, Nr. 1, 4, 6 (Bombay 1904—06).

Bombay hat nach dem Zensus von 1901 im ganzen 776 006 Einwohner, davon Hindus: 522 947, Mohamedaner: 155 121, Parsi: 46 231, Christen: 45 176. Der Prozentsatz der Selbstmorde betrug im ganzen und für die einzelnen Konfessionen, auf je 10 000 Lebende berechnet:

	1900	1901	1902	1903	1904	1905
Hindu	0.98	1.07	1.25	0.31	0.91	
Mohammedaner	0.70	0.70	0.77	0.38	0.51	
Parsi	3.79	2.59	2.16	1.94	3.02	
Christen	0.44	0.88	0.88	1 10	0.88	
Überhaupt	1.42	1.06	1.29	1.15	0.95	

Bei diesen Zahlen muß vor allen Dingen auffallen, daß die Parsi einen ganz unerwartet hohen Prozentsatz von Selbstmorden bieten. Bekanntlich sind die Parsi, im 7. Jahrhundert vor der Verfolgung durch den Islam ausgewanderte Perser, die wohlhabendste Bevölkerungsklasse Indiens, die, obwohl an ihren alten Gebräuchen streng festhaltend, doch je länger je mehr sich die Vorteile europäischer Kultur zunutze macht. Vielleicht ist es gerade der dadurch entstehende Zwiespalt, der die Parsi in den Tod treibt. Es würde damit übereinstimmen, daß unter ihnen verhältnismäßig sehr viel Männer und nur wenige Frauen sich das Leben nehmen. Die entsprechenden Zahlen sind:

	1900			1901			1902		
Hindu	51 m.	35 w.	86	37 m.	19 w.	56	34 m.	32 w.	66
Mohammedaner	9	2	11	9	2	11	11	1	12
Parsi	12	2	14	10	2	12	8	2	10
Christen	1	1	2	3	1	4	3	1	4
Juden	—	—	—	—	—	—	1	—	1

	1903			1904			1905		
Hindu	42 m.	25 w.	67	35 m.	14 w.	49	26 m.	8 w.	34
Mohammedaner	2	5	7	6	2	8	5	5	10
Parsi	8	1	9	11	3	14	10	4	14
Christen	3	2	5	2	2	4	4	—	4
Juden	2	—	2	—	—	—	—	—	—

Interessant ist, daß diese Zahlen eine deutliche Abnahme des Selbstmordes zeigen, wenigstens bei den Hindu.

Verhältnismäßig sehr häufig sind die Selbstmörder unter den Jugendlichen. Allerdings sind die Altersklassen hier nur sehr roh gegeben, von 10 zu 10 Jahren. In dem Alter von 10—20 Jahren begingen Selbstmord:

1900: 30 von 117; 1902: 15 von 93; 1904: 16 von 74;
1901: 13 von 83; 1903: 12 von 90; 1905: 10 von 62.

Digitized by Google

Die meisten Selbstmorde fallen in die Jahre 20—30:

1900: 33 von 117;	1902: 43 von 93;	1904: 22 von 74;
1901: 40 von 83;	1903: 37 von 90;	1905: 25 von 62.

Das Altersverhältnis ist bei den beiden Geschlechtern nicht völlig gleich: in 2 von den 6 Jahren überragten bei den Frauen die Selbstmörderinnen im Alter von 10—20 Jahren, und zwar ganz erheblich: 1900 waren es 15 zu 10, 1904: 10 zu 2. Unter den Gründen ragt durchaus hervor: Lebensüberdruß wegen Krankheit, von andern Gründen bei Männern nie, bei Frauen allerdings in 6 Jahren 5mal übertroffen, davon 3mal durch die überhaupt nächsthäufige Ursache: häuslicher Zwist, 1mal durch Geisteskrankheit (madness and unsoundness of mind). Es folgen dann: Trunkenheit, pekuniäre Sorgen, Verzagtheit, Kummer, Geldverlust, Beschäftigungslosigkeit, Streit mit den Eltern, Furcht vor dem Seuchen-Krankenhaus u. a., ohne daß die Reihenfolge aber ständig ist. Sehr selten ist Liebe und Eifersucht der Grund: in 2 Jahren bei je 3 Personen, in ebenfalls 2 Jahren bei je 1 Person und in 2 Jahren bei niemandem, im ganzen bei 7 Männern und 1 Frau.

In den Jahreszeiten sind große Schwankungen: an den ersten beiden Stellen stehen

1900: November 15, März 13;	1903: August 13, Juni 13;
1901: Juli 12, März 11;	1904: Juni 10, März 11;
1902: Januar 12, Juni 10;	1905: August 10, September 9.

Juni und März kommen hier je 3mal vor. Irgendwelche Schlüsse lassen sich aber daraus nicht ziehen; denn im März 1905 kamen überhaupt keine Selbstmorde vor und im März 1903 nur 4, im Jahr vorher 7. Ähnlich ist es auch mit dem Juni und den andern Monaten.

Die bevorzugte Todesart war Ertränken: in 5 von 6 Jahren vor dem Vergiften, in einem Jahre hinter ihm. Danach war Sturz aus dem Fenster recht häufig, und etwa in gleicher Zahl kam Erhängen vor.

Natürlich wird es auch interessieren, zu erfahren, welches Kontingent die Witwen und verheirateten Frauen zur Zahl der Selbstmörderinnen in einem Lande stellen, in dem Kinderehen üblich und Verheiratung der Witwen so äußerst selten ist. Im Jahre 1903 waren unter 33 Selbstmörderinnen 8 verwitwet, 19 verheiratet; 1904 unter 21: 5 verwitwet, 9 verheiratet; und 1905 endlich unter 17: 5 Witwen und 7 Ehefrauen.

Zum Vergleich die Zahlen der Selbstmorde in Preußen:

1902: 2,06
1903: 2,10 } auf 10 000.
1904: 2,02

In Berlin, das sich vielleicht besser zu Vergleichen eignet, waren die entsprechenden Zahlen:

1902: 3,125
1903: 3,144 } auf 10 000
1904: 3,073

Der Anteil der Männer war immer ungefähr 4mal so stark als der der Frauen.

Über die geschichtlichen Grundlagen des modernen Privatzweikampfs.

Von Dr. Alexander Coulin.

Mit einer ganzen Reihe in unserem Rechts- und Kulturleben bestehender Institutionen hat der Privatzweikampf den Umstand gemein, daß er dem oberflächlichen Betrachter, der ihn nicht entwicklungsgeschichtlich zu erfassen in der Lage ist, rätselhaft, widersinnig, gelindestenfalls aber als Ausfluß eines „gesellschaftlichen Zwanges", der logisch und moralisch ungerechtiertigt ist, erscheint. Diese unhistorische Betrachtungsweise führt anderseits dazu, dem Privatzweikampf Motive, Zwecke und Folgen zu imputieren, die ihm seinem Wesen nach durchaus fremd sind, wie z. B. Rache, Entscheidung über Tatfragen u. a. m. Ein drittes Moment für die unrichtige Beurteilung des Privatzweikampfes liegt in unserer herkömmlichen Systematik, die die Normen für das Verhalten der Menschen in drei Kategorien: Moral, Sitte, Recht einteilt und alle Erscheinungen des Rechts- und

Kulturlebens, die sich nicht mehr unter Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht, Autonomie und Observanz bringen lassen, auf das Gebiet der Sitte verweist, während hier unverkennbar eine Zwischenstufe besteht, deren Institutionen weder der einen noch der anderen Kategorie angehören. Diese Erscheinungen sind, wo nicht alle, so doch großenteils, als Rückbildungen von ehemaligen Rechtsinstituten oder Abspaltungen solcher oder aber, und dies ist wohl die seltenere Erscheinung, als in der Entwicklung zum Rechtsinstitut aus irgend welchen Gründen gehemmte Institute anzusehen.[1]) Rechtsinstitute können diese Erscheinungen nicht sein, weil einerseits das positive Recht sie verbietet, andererseits ihrer Anerkennung als Gewohnheitsrecht die bewußte Gesetzwidrigkeit im Wege steht. Von der Sitte unterscheiden sie sich durch die bindende Kraft ihres Befehls für die ihnen Unterworfenen.

In diese Zwischenstufe, und zwar unter die Art der Rückbildungen ehemaliger Rechtsinstitute, ist der moderne Zweikampf einzureihen. In der Zeit des Niederganges des gerichtlichen Zweikampfes aus dem torneamentum quasi hostile entstanden[2]) und von Anfang an zur Bewährung der Standesehre beider kämpfenden Parteien bestimmt, wurde der Privatzweikampf, den man irrtümlich für eine Spielart des Austragszweikampfes hielt[3]), gegen die Wende des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts in Deutschland rezipiert. Außer der soeben charakterisierten Grundidee und dem fortdauernden Widerspruch, in dem es sich zum gemeinen Recht befand[4]), hat sich das Institut im Laufe seiner sechshundertjährigen Geschichte fortwährend verändert. Die ursprüngliche Form, das torneamentum quasi hostile, war schon zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts vollständig verdrängt[5]); es folgten die beiden ziemlich gleichzeitigen Formen mit parrains und à la mazza, letztere manchmal mit seconds, tiers usw. Der Kampf à la mazza ist zwar in Frankreich, wohin er durch die französischen Heere zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts aus Italien verpflanzt wurde, nie recht heimisch geworden, aber doch blieb er nicht ohne dauernden Einfluß auf das Institut: die strenge Repressivgesetzgebung, die seit der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts in Frankreich begann und bis zur Revolution in Geltung blieb, nötigte die Duellanten dazu, nicht mehr in der breiten Öffentlichkeit, sondern „à la mazza" oder, wie man in Frankreich sagte, „dans beaux champs" zu fechten;[6]) von dieser Zeit an ist dem Privatzweikampf eine gewisse Heimlichkeit und die Abhaltung des Kampftermins an entlegenen Orten eigen geblieben. Abusive Formen des Privatzweikampfes, die bald mehr, bald weniger Anhänger und Verteidiger fanden, hat es von jeher gegeben, ich erinnere nur an die incursus oder rencontres, die regelmäßig dann erschienen, wenn eine absolute Verbotsgesetzgebung rigoros durchgeführt wurde;[7]) mißbräuchliche Formen und Auswüchse begleiteten auch regelmäßig die Überleitung der Kampfidee in neue Formen[8]) und die Erschließung dieses standesgewohnheitlichen Beweismittels für neue, ihm bisher fremde Kreise der Bevölkerung.[9])

---

[1]) Der ersteren Art gehören z. B. an das Stoppel-„r e c h t", d. h. der Anspruch der Gemeindeangehörigen auf Nachlese auf den in der Gemeinde belegenen Feldgrundstücken nach erfolgter Aberntung durch den Eigentümer, ferner der sog. Holzdiebstahl und der sog. Wilddiebstahl. Erscheinungen, die sich alle aus altgermanischen Agrarverhältnissen erklären. Der zweiten Art gehört z. B. der sich immer energischer äußernde „Anspruch" auf Trinkgeld der unteren Klassen an.

[2]) Über diese Frage werde ich demnächst in einer besonderen Schrift, die in Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte erscheint, handeln.

[3]) Vgl. August Vischer, Tractatus duo juris duellici universi Jenae 1617. p. 273, 295, 358, 430, 431, 471.

[4]) Schon in der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts wurde der Privatzweikampf in der Form des torneamentum quasi hostile durch königliche Ordonnanzen verboten.

[5]) Letzter Fall Paris 1547 bei Cauchy, Du Duel I. p. 106 ff.

[6]) Brantôme, Discours sur les Duels, ed. Lane, Paris 1873, p. 316, 354.

[7]) So im zweiten Jahrzehnt des vierzehnten Jahrhunderts und im letzten Drittel des sechzehnten Jahrhunderts.

[8]) So anläßlich der Einführung der Mazza in Frankreich, anläßlich der Anerkennung der Schußwaffen als „gebräuchlicher" Duellwaffen in der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts.

[9]) Vgl. eine Reihe von widerlichen Duellfarcen der neueren Zeit in Frankreich und Ungarn.

Digitized by Google

Im Wechsel der Zeiten, insbesondere seit dem Verfall der alten Geburtsstände und dem Auftauchen des Begriffes der sogenannten Gesellschaft mit ihren ewig fluktuierenden Grenzen, hat sich der Kreis derer, die sich der „Standes"-Gewohnheit des Privatzweikampfes unterwarfen, erweitert. Hierdurch wurde aber gleichzeitig eine Verdunkelung des Zweikampfbegriffs und des Zweikampfzwecks in diese Schicht der Bevölkerung hineingetragen bezw. durch sie herbeigeführt. Die höchste Betätigung und die höchste Bewährung der Standesehre kann doch schließlich nur derjenige im Zweikampf erblicken, dem die Waffenehre die höchste Ehre ist. Die Geschichte des Verfalls des gerichtlichen Zweikampfs in Frankreich zeigt uns nun, daß es ein großer Teil der Elemente, die im großen und ganzen die „Gesellschaft" ausmachen, war, der durch Indolenz und Opposition den gerichtlichen Zweikampf vernichtete. Ähnlich liegt es heute mit dem modernen Privatzweikampf. Feste Grenzen hat die „Gesellschaft" nicht, von einer Bewährung der „Standes"ehre innerhalb der Gesellschaft durch das Mittel des Zweikampfes ist kaum zu reden; der Gedanke ist in der „Gesellschaft" als ihr nicht kongenial vollständig verblaßt. „Rache", „Ritterlichkeit", „Duellzwang" charakterisieren die unklaren Gedanken, die man über den Zweikampf hat. Duellzwang existiert in der „Gesellschaft" nicht, wohl aber kennen einzelne Gruppen der Gesellschaft den standesgewohnheitlichen Anspruch ihrer Mitglieder auf Bewährung der Standesehre durch Zweikampf, in dieser Beziehung besteht auch eine historische Kontinuität; es ist ein in den verschiedensten Formen auftretender deutschrechtlicher Gedanke, daß jede Gemeinschaft sich ihr Gemeinschaftsrecht selbst setzt und selbst setzen kann; dieser Gedanke beherrscht unbekümmert um das gemeine Recht, das ihn heute nicht mehr anerkennt, das standesgewohnheitliche Institut des Zweikampfs. Das Glied der Gemeinschaft muß sich dem Gemeinschaftsrecht unterwerfen oder aus ihr freiwillig oder auf Grund der durch die Mißachtung des Gemeinschaftsrechts erfolgenden Rechtsverwirkung ausscheiden; wer nun in den durch das Gemeinschaftsrecht scharf umgrenzten Fällen, in denen Zweifel an dem Vollbesitz der Standesehre bestehen, nicht den allein zulässigen Beweis des Vollbesitzes der Standesehre durch Zweikampf erbringt, der scheidet in der einen oder andern Form aus der Gemeinschaft aus; aber die „Gesellschaft" in allen ihren Gruppen zieht nicht immer diese Konsequenzen und kann sie nicht immer ziehen, weil ihre Grenzen nicht scharf umrissen sind und in dieser Beziehung untergräbt sie die Grundpfeiler der Idee des Privatzweikampfes. Andererseits verschiebt die moderne Gesellschaft auch die Grundideen des Privatzweikampfes insofern, als sie das Moment der Rache als primäres Element des Privatzweikampfes betrachtet. Dies hängt damit zusammen, daß sie die historische Grundidee des Instituts des Privatzweikampfes infolge ihrer (der Gesellschaft) Struktur verkennt und verkennen muß. Der Gedanke der Rache für erlittenes Unrecht liegt dem Privatzweikampf vollkommen fern, und er hat das Institut in seiner ganzen Geschichte niemals beherrscht; die Rache kann wohl im einzelnen Fall im Verlauf der Kampftätigkeit die eine oder andere Partei überkommen, sie ist aber niemals ein essentiale negotii,[10]) wie überhaupt den normalen Formen des Privatzweikampfs fehderechtliche Momente nie angehaftet haben. Genau so liegt es mit der Ritterlichkeit, im großen und ganzen hat sie den Zweikampf stets beherrscht, und zwar auch in den Zeiten der schlimmsten Verwilderung der Kampfformen; aber ob die Partei courtoisie üben wollte oder nicht, das stand stets in ihrem Belieben, und einerseits hatte der Gegner keinen Anspruch darauf, andererseits wurde der Partei der Mangel der courtoisie nie zum Vorwurf gemacht, wenn auch Akte der courtoisie in den Quellen stets lobend hervorgehoben werden.[11]) Ein weiterer Irrtum, der jetzt aber nur noch vereinzelt geäußert wird, ist die Ansicht, die in dem Ausgang des Kampfes ein Urteil über eine Tat- oder Rechtsfrage sucht; zur Entscheidung derartiger Einzelfragen diente der Privatzweikampf nie, wie er überhaupt mit dem gerichtlichen Zweikampf nur einige wenige Äußerlichkeiten von geringerer Bedeutung ursprünglich und zufällig gemein hatte, aber diese längst abgestreift hat.

Der Privatzweikampf ist seiner Entstehung und seinem Wesen nach ein formales Beweismittel, das, ohne Rücksicht auf das im einzelnen Fall vorliegende Tatverhältnis, zur allgemeinen Bewährung des Vollbesitzes der spezifischen Standesehre durch Kampf mit den üblichen Waffen nach den üblichen Regeln,

[10]) Vgl. z. B. Bantôme l. c. p. 355.
[11]) Vgl. Bantôme p. 341, 343, 345, 347, 348, 349.

Digitized by Google

ohne Rücksicht auf das Ergebnis des Kampfes beiden Parteien in gleicher Weise nach der Standesgewohnheit dient.

So wie die Dinge heute liegen, gibt es nur zwei Möglichkeiten für die Weiterentwickelung des Zweikampfinstitutes; das Institut muß sich auf die Kreise, für die es bestimmt ist, zurückziehen und dort mit Konsequenz gehandhabt werden, oder aber es wird mit Ideen ihm ursprünglich fremder Gesellschaftskreise versetzt und verschwindet dann allmählich aus unserem Rechts- und Kulturleben, und diese letztere Eventualität ist die wahrscheinlichere.

Neue Gesetze.

Criminal Appeal Act, 1907.

7 Edw. 7. C. 23.

An Act to establish a Court of Criminal Appeal and to amend the Law relating to Appeals in Criminal Cases. [28th August 1907.]

Be it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

COURT OF CRIMINAL APPEAL.

Constitution of Court of Criminal Appeal.

1.—(1) There shall be a Court of Criminal Appeal, and the Lord Chief Justice of England and eight judges of the King's Bench Division of the High Court, appointed for the purpose by the Lord Chief Justice with the consent of the Lord Chancellor for such period as he thinks desirable in each case, shall be judges of that court.

(2) For the purpose of hearing and determining appeals under this Act, and for the purpose of any other proceedings under this Act, the Court of Criminal Appeal shall be summoned in accordance with directions given by the Lord Chief Justice of England with the consent of the Lord Chancellor, and the court shall be duly constituted if it consists of not less than three judges and of an uneven number of judges.

If the Lord Chief Justice so directs, the court may sit in two or more divisions.

The court shall sit in London except in cases where the Lord Chief Justice gives special directions that it shall sit at some other place.

(3) The Lord Chief Justice, if present, and in his absence the senior member of the Court, shall be president of the court.

(4) The determination of any question before the Court of Criminal Appeal shall be according to the opinion of the majority of the members of the court hearing the case.

(5) Unless the court direct to the contrary in cases where, in the opinion of the court, the question is a question of law on which it would be convenient that separate judgments should be pronounced by the members of the court, the judgment of the court shall be pronounced by the president of the court or such other member of the court hearing the case as the president of the court directs, and no judgment with respect to the determination of any question shall be separately pronounced by any other member of the court.

(6) If in any case the director of public prosecutions or the prosecutor or defendant obtains the certificate of the Attorney General that the decision of the Court of Criminal Appeal involves a point of law of exceptional public importance, and that it is desirable in the public interest that a further appeal should be brought, he may appeal from that decision to the House of Lords, but subject thereto the determination by the Court of Criminal Appeal of any appeal or other

matter which it has power to determine shall be final, and no appeal shall lie from that court to any other court.

(7) The Court of Criminal Appeal shall be a superior court of record, and shall, for the purposes of and subject to the provisions of this Act, have full power to determine, in accordance with this Act, any questions necessary to be determined for the purpose of doing justice in the case before the court.

(8) Rules of court shall provide for securing sittings of the Court of Criminal Appeal, if necessary, during vacation.

(9) Any direction which may be given by the Lord Chief Justice under this section may, in the event of any vacancy in that office, or in the event of the incapacity of the Lord Chief Justice to act from any reason, be given by the senior judge of the Court of Criminal Appeal.

Registrar of the Court of Criminal Appeal.

2. There shall be a Registrar of the Court of Criminal Appeal (in this Act referred to as the Registrar) who shall be appointed by the Lord Chief Justice from among the Masters of the Supreme Court acting in the King's Bench Division, and shall be entitled to such additional salary (if any), and be provided with such additional staff (if any), in respect of the office of Registrar as the Lord Chancellor, with the concurrence of the Treasury, may determine.

The senior Master of the Supreme Court shall be the first Registrar.

RIGHT OF APPEAL AND DETERMINATION OF APPEALS.

Right of appeal in criminal cases.

3. A person convicted on indictment may appeal under this Act to the Court of Criminal Appeal—

(a) against his conviction on any ground of appeal which involves a question of law alone; and

(b) with the leave of the Court of Criminal Appeal or upon the certificate of the Judge who tried him that it is a fit case for appeal against his conviction on any ground of appeal which involves a question of fact alone, or a question of mixed law and fact, or any other ground which appears to the court to be a sufficient ground of appeal; and

(c) with the leave of the Court of Criminal Appeal against the sentence passed on his conviction, unless the sentence is one fixed by law.

Determination of appeals in ordinary cases.

4.—(1) The Court of Criminal Appeal on any such appeal against conviction shall allow the appeal if they think that the verdict of the jury should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported having regard to the evidence, or that the judgment of the court before whom the appellant was convicted should be set aside on the ground of a wrong decision of any question of law or that on any ground there was a miscarriage of justice, and in any other case shall dismiss the appeal:

Provided that the court may, notwithstanding that they are of opinion that the point raised in the appeal might be decided in favour of the appellant, dismiss the appeal if they consider that no substantial miscarriage of justice has actually occurred.

(2) Subject to the special provisions of this Act, the Court of Criminal Appeal shall, if they allow an appeal against conviction, quash the conviction and direct a judgment and verdict of acquittal to be entered.

(3) On an appeal against sentence the Court of Criminal Appeal shall, if they tink that a different sentence should have been passed, quash the sentence passed at the trial, and pass such other sentence warranted in law by the verdict (whether more or less severe) in substitution therefor as they think ought to have been passed, and in any other case shall dismiss the appeal.

Powers of court in special cases.

5.—(1) If it appears to the Court of Criminal Appeal that an appellant, though not properly convicted on some count or part of the indictment, has been properly convicted on some other count or part of the indictment, the court may either affirm the sentence passed on the appellant at the trial, or pass such

Digitized by Google

sentence in substitution therefor as they think proper, and as may be warranted in law by he verdict on the count or part of the indictment on which the court consider that the appellant has been properly convicted.

(2) Where an appellant has been convicted of an offence and the jury could on the indictment have found him guilty of some other offence, and on the finding of the jury it appears to the Court of Criminal Appeal that the jury must have been satisfied of facts which proved him guilty of that other offence, the court may, instead of allowing or dismissing the appeal, substitute for the verdict found by the jury a verdict of guilty of that other offence, and pass such sentence in substitution for the sentence passed at the trial as may be warranted in law for that other offence, not being a sentence of greater severity.

(3) Where on the conviction of the appellant the jury have found a special verdict, and the Court of Criminal Appeal consider that a wrong conclusion has been arrived at by the court before which the appellant has been convicted on the effect of that verdict, the Court of Criminal Appeal may, instead of allowing the appeal, order such conclusion to be recorded as appears to the court to be in law required by the verdict, and pass such sentence in substitution for the sentence passed at the trial as may be warranted in law.

(4) If on any appeal it appears to the Court of Criminal Appeal that, although the appellant was guilty of the act or omission charged against him, he was insane at the time the act was done or omission made so as not to be responsible according to law for his actions, the court may quash the sentence passed at the trial and order the appellant to be kept in custody as a criminal lunatic under the Trial of Lunatics Act, 1883, in the same manner as if a special verdict had been found by the jury under that Act.

Revesting and restitution of property on conviction.

6. The operation of any order for the restitution of any property to any person made on a conviction on indictment, and the operation in case of any such conviction, of the provisions of subsection (1) of section twenty-four of the Sale of Goods Act, 1893, as to the re-vesting of the property in stolen goods on conviction, shall (unless the Court before whom the conviction takes place direct to the contrary in any case in which, in their opinion, the title to the property is not in dispute) be suspended—

(a) in any case until the expiration of ten days after the date of the conviction; and

(b) in cases where notice of appeal or leave to appeal is given within ten days after the date of conviction, until the determination of the appeal;

and in cases where the operation of any such order, or the operation of the said provisions, is suspended until the determination of the appeal, the order or provisions, as the case may be, shall not take effect as to the property in question if the conviction is quashed on appeal. Provision may be made by rules of court for securing the safe custody of any property, pending the suspension of the operation of any such order or of the said provisions.

(2) The Court of Criminal Appeal may by order annul or vary any order made on a trial for the restitution of any property to any person, although the conviction is not quashed; and the order, if annulled, shall not take effect, and, if varied, shall take effect as so varied.

PROCEDURE.

Time for appealing.

7.—(1) Where a person convicted desires to appeal under this Act to the Court of Criminal Appeal, or to obtain the leave of that Court to appeal, he shall give notice of appeal or notice of his application for leave to appeal in such manner as may be directed by rules of court within ten days of the date of conviction: Such rules shall enable any convicted person to present his case and his argument in writing instead of by oral argument if he so desires. Any case or argument so presented shall be considered by the court.

Except in the case of a conviction involving sentence of death, the time

within which notice of appeal or notice of an application for leave to appeal may be given, may be extended at any time by the Court of Criminal Appeal.

(2) In the case of a conviction involving sentence of death or corporal punishment—

(a) the sentence shall not in any case be executed until after the expiration of the time within which notice of appeal or of an application for leave to appeal may be given under this section; and

(b) if notice is so given, the appeal or application shall be heard and determined with as much expedition as practicable, and the sentence shall not be executed until after the determination of the appeal, or, in cases where an application for leave to appeal is finally refused, of the application.

8. The judge or chairman of any court before whom a person is convicted shall, in the case of an appeal under this Act against the conviction or against the sentence, or in the case of an application for leave to appeal under this Act, furnish to the Registrar, in accordance with rules of court, his notes of the trial; and shall also furnish to the Registrar in accordance with rules of court a report giving his opinion upon the case or upon any point arising in the case.

Supplemental powers of court.

9. For the purposes of this Act, the Court of Criminal Appeal may, if they think it neccessary or expedient in the interest of justice,—

(a) order the production of any document, exhibit, or other thing connected with the proceedings, the production of which appears to them necessary for the determination of the case; and

(b) if they think fit order any witnesses who would have been compellable witnesses at the trial to attend and be examined before the court, whether they were or were not called at the trial, or order the examination of any such witnesses to be conducted in manner provided by rules of court before any judge of the court or before any officer of the court or justice of the peace or other person appointed by the court for the purpose, and allow the admission of any depositions so taken as evidence before the court; and

(c) if they think fit receive the evidence, if tendered, of any witness (including the appellant) who is a competent but not compellable witness, and, if the appellant makes an application for the purpose, of the husband or wife of the appellant, in cases where the evidence of the husband or wife could not have been given at the trial except on such an application; and

(d) where any question arising on the appeal involves prolonged examination of documents or accounts, or any scientific or local investigation, which cannot in the opinion of the court conveniently be conducted before the court, order the reference of the question in manner provided by rules of court for inquiry and report to a special commissioner appointed by the court, and act upon the report of any such commissioner so far as they think fit to adopt it; and

(e) appoint any person with special expert knowledge to act as assessor to the court in any case where it appears to the court that such special knowledge is required for the proper determination of the case;

and exercise in relation to the proceedings of the court any other powers which may for the time being be exercised by the court of appeal on appeals in civil matters, and issue any warrants necessary for enforcing the orders or sentences of the court: Provided that in no case shall any sentence be increased by reason of or in consideration of any evidence that was not given at the trial.

Legal assistance to appellant.

10. The Court of Criminal Appeal may at any time assign to an appellant a solicitor and counsel or counsel only in any appeal or proceedings preliminary or incidental to an appeal in which, in the opinion of the court, it appears desirable in the interests of justice that the appellant should have legal aid, and that he has not sufficient means to enable him to obtain that aid.

Right of appellant to be present.

11.—(1) An appellant, notwithstanding that he is in custody, shall be entitled to be present, if he desires it, on the hearing of his appeal, except where the appeal is on some ground involving a question of law alone, but, in that case and on an application for leave to appeal and on any proceedings preliminary or incidental to an appeal, shall not be entitled to be present, except where rules of court provide that he shall have the right to be present, or where the court gives him leave to be present.

(2) The power of the court to pass any sentence under this Act may be exercised notwithstanding that the appellant is for any reason not present.

Duty of Director of Public Prosecutions.

12. It shall be the duty of the Director of Public Prosecutions to appear for the Crown on every appeal to the Court of Criminal Appeal under this Act, except so far as the solicitor of a Government department, or a private prosecutor in the case of a private prosecution, undertakes the defence of the appeal, and the Prosecution of Offences Act, 1879, shall apply as though the duty of the Director of Public Prosecutions under this section were a duty under section two of that Act, and provision shall be made by rules of court for the transmission to the Director of Public Prosecutions of all such documents, exhibits, and other things connected with the proceedings as he may require for the purpose of his duties under this section.

Costs of appeal.

13.—(1) On the hearing and determination of an appeal or any proceedings preliminary or incidental thereto under this Act no costs shall be allowed on either side.

(2) The expenses of any solicitor or counsel assigned to an appellant under this Act, and the expenses of any witnesses attending on the order of the court or examined in any proceedings incidental to the appeal, and of the appearance of an appellant on the hearing of his appeal or on any proceedings preliminary or incidental to the appeal, and all expenses of and incidental to any examination of witnesses conducted by any person appointed by the court for the purpose, or any reference of a question to a special commissioner appointed by the court, or of any person appointed as assessor to the court, shall be defrayed, up to an amount allowed by the court, but subject to any regulations as to rates and scales of payment made by the Secretary of State, in the same manner as the expenses of a prosecution in cases of felony.

Admission of appellant to bail and custody when attending court.

14.—(1) An appellant who is not admitted to bail shall, pending the determination of his appeal, be treated in such manner as may be directed by prison rules within the meanning of the Prison Act, 1898.

(2) The Court of Criminal Appeal may, if it seems fit, on the application of an appellant, admit the appellant to bail pending the determination of his appeal.

(3) The time during which an appellant, pending the determination of his appeal is admitted to bail, and subject to any directions which the Court of Criminal Appeal may give to the contrary on any appeal, the time during which the appellant, if in custody, is specially treated as an appellant under this section, shall not count as part of any term of imprisonment or penal servitude under his sentence, and, in the case of an appeal under this Act, any imprisonment or penal servitude under the sentence of the appellant, whether it is the sentence passed by the court of trial or the sentence passed by the Court of Criminal Appeal, shall, subject to any directions which may be given by the Court as aforesaid, be deemed to be resumed or to begin to run, as the case requires, if the appellant is in custody, as from the day on which the appeal is determined, and, if he is not in custody, as from the day on which he is received into prison under the sentence.

Digitized by Google

(4) Where a case is stated under the Crown Cases Act, 1848, this section shall apply to the person in relation to whose conviction the case is stated as it applies to an appellant.

(5) Provision shall be made by prison rules within the meaning of the Prison Act, 1898, for the manner in which an appellant, when in custody, is to be brought to any place at which he is entitled to be present for the purposes of this Act, or to any place to which the Court of Criminal Appeal or any judge thereof may order him to be taken for the purpose of any proceedings of that court, and for the manner in which he is to be kept in custody while absent from prison for the purpose; and an appellant whilst in custody in accordance with those rules shall be deemed to be in legal custody.

Duties of registrar with respect to notices of appeal, &c.

15.—(1) The registrar shall take all necessary steps for obtaining a hearing under this Act of any appeals or applications, notice of which is given to him under this Act, and shall obtain and lay before the court in proper form all documents, exhibits, and other things relating to the proceedings in the court before which the appellant or applicant was tried which appear necessary for the proper determination of the appeal or application.

(2) If it appears to the registrar that any notice of an appeal against a conviction purporting to be on a ground of appeal which involves a question of law alone does not show any substantial ground of appeal, the registrar may refer the appeal to the court for summary determination, and, where the case is so refered, the court may, if they consider that the appeal is frivolous or vexatious, and can be determined without adjourning the same for a full hearing, dismiss the appeal summarily, without calling on any persons to attend the hearing or to appear for the Crown thereon.

(3) Any documents, exhibits, or other things connected with the proceedings on the trial of any person on indictment, who, if convicted, is entitled or may be authorised to appeal under this Act, shall be kept in the custody of the court of trial in accordance with rules of court made for the purpose, for such time as may be provided by the rules, and subject to such power as may be given by the rules for the conditional release of any such documents, exhibits, or things from that custody.

(4) The registrar shall furnish the necessary forms and instructions in relation to notices of appeal or notices of application under this Act to any person who demands the same, and to officers of courts, governors of prisons, and such other officers or persons as he thinks fit, and the governor of a prison shall cause those forms and instructions to be placed at the disposal of prisoners desiring to appeal or to make any application under this Act, and shall cause any such notice given by a prisoner in his custody to be forwarded on behalf of the prisoner to the registrar.

(5) The registrar shall report to the court or some judge thereof any case in which it appears to him that, although no application has been made for the purpose, a solicitor and counsel or counsel only ought to be assigned to an appellant under the powers given to the Court by this Act.

Shorthand notes of trial.

16.—(1) Shorthand notes shall be taken of the proceedings at the trial of any person on indictment who, if convicted, is entitled or may be authorised to appeal under this Act, and on any appeal or application for leave to appeal a transcript of the notes or any part thereof shall be made if the registrar so directs, and furnished to the registrar for the use of the Court of Criminal Appeal or any judge thereof; Provided that a transcript shall be furnished to any party interested upon the payment of such charges as the Treasury may fix.

(2) The Secretary of State may also, if he thinks fit in any case, direct a transcript of the shorthand notes to be made and furnished to him for his use.

(3) The cost of taking any such shorthand notes, and of any transcript where a transcript is directed to be made by the registrar or by the Secretary of State, shall be defrayed, in accordance with scales of payment fixed for the time being by the Treasury, out of moneys provided by Parliament, and rules of court may make such provision as is necessary for securing the accuracy of the notes to be taken and for the verification of the transcript.

Digitized by Google

Powers which may be exercised by a judge of the Court.

17. The powers of the Court of Criminal Appeal under this Act to give leave to appeal, to extend the time within which notice of appeal or of an application for leave to appeal may be given, to assign legal aid to an appellant, to allow the appellant to be present at any proceedings in cases where he is not entitled to be present without leave, and to admit an appellant to bail, may be exercised by any judge of the Court of Criminal Appeal in the same manner as they may be exercised by the Court, and subject to the same provisions; but, if the judge refuses an application on the part of the appellant to exercise any such power in his favour, the appellant shall be entitled to have the application determined by the Court of Criminal Appeal as duly constituted for the hearing and determining of appeals under this Act.

Rules of court.

18.—(1) Rules of court for the purposes of this Act shall be made, subject to the approval of the Lord Chancellor, and so far as the rules affect the governor or any other officer of a prison, or any officer having the custody of an appellant, subject to the approval also of the Secretary of State, by the Lord Chief Justice and the judges of the Court of Criminal Appeal, or any three of such judges, with the advice and assistance of the Committee herein-after mentioned. Rules so made may make provision with respect to any matter for which provision is to be made under this Act by rules of court, and may regulate generally the practice and procedure under this Act, and the officers of any court before whom an appellant has been convicted, and the governor or other officers of any prison or other officer having the custody of an appellant and any other officers or persons, shall comply with any requirements of those rules so far as they affect those officers or persons, and compliance with those rules may be enforced by order of the Court of Criminal Appeal.

(2) The Committee herein-before referred to shall consist of a chairman of quarter sessions appointed by a Secretary of State, the Permanent Under Secretary of State for the time being for the Home Department, the Director of Public Prosecutions for the time being, the Registrar of the Court of Criminal Appeal, and a clerk of assize, and a clerk of the peace appointed by the Lord Chief Justice, and a solicitor appointed by the President of the Law Society for the time being, and a barrister appointed by the General Council of the Bar. The term of office of any person who is a member of the Commitee by virtue of appointment shall be such as may be specified in the appointment.

(3) Every rule under this Act shall be laid before each House of Parliament forthwith, and, if an address is presented to His Majesty by either House of Parliament within the next subsequent thirty days on which the House has sat next after any such rule is laid before it, praying that the rule may be annulled, His Majesty in Council may annul the rule, and it shall thenceforth be void, but without prejudice to the validity of anything previously done thereunder.

SUPPLEMENTAL.

Prerogative of mercy.

19. Nothing in this Act shall affect the prerogative of mercy, but the Secretary of State on the consideration of any petition for the exercise of His Majesty's mercy, having reference to the conviction of a person on indictment or to the sentence (other than sentence of death) passed on a person so convicted, may, if he thinks fit, at any time either—

(a) refer the whole case to the Court of Criminal Appeal, and the case shall then be heard and determined by the Court of Criminal Appeal as in the case of an appeal by a person convicted; or

(b) if he desires the assistance of the Court of Criminal Appeal on any point arising in the case with a view to the determination of the petition, refer that point to the Court of Criminal Appeal for their opinion thereon, and the Court shall consider the point so referred and furnish the Secretary of State with their opinion thereon accordingly.

Criminal informations, procedure in the High Court, &c.

20.—(1) Writs of error, and the powers and practice now existing in the High Court in respect of motions for new trials or the granting thereof in criminal cases, are hereby abolished.

(2) This Act shall apply in the case of convictions on criminal informations and coroners' inquisitions and in cases where a person is dealt with by a court of quarter sessions as an incorrigible rogue under the Vagrancy Act, 1824, as it applies in the case of convictions on indictments, but shall not apply in the case of convictions on indicments or inquisitions charging any peer or peeress, or other person claiming the privilege of peerage, with any offence not now lawfully triable hy a court of assize.

(3) Notwithstanding anything in any other Act, an appeal shall lie from a conviction on indictment at common law in relation to the non-repair or obstruction of any highway, public bridge, or navigahle river in whatever court the indictment is tried, in all respects as though the conviction were a verdict in a civil action tried at assizes, and shall not lie under this Act.

(4) All jurisdiction and authority under the Crown Cases Act, 1848, in relation to questions of law arising in criminal trials which is transferred to the judges of the High Court by section forty-seven of the Supreme Court of Judicature Act, 1873, shall be vested in the Court of Criminal Appeal under this Act, and in any case where a person convicted appeals under this Act against his conviction on any ground of appeal which involves a question of law alone, the Court of Criminal appeal may, if they think fit, decide that the procedure under the Crown Cases Act, 1848, as to the statement of a case should be followed, and require a case to be stated accordingly under that Act in the same manner as if a question of law had heen reserved.

Definitions.

21. In this Act, unless the context otherwise requires, —

The expressions "appellant" includes a person who has been convicted and desires to appeal under this Act; and

The expression "sentence" includes any order of the court made on conviction with reference to the person convicted or his wife or children, and any recommendation of the court as to the making of an expulsion order in the case of a person convicted, and the power of the Court of Criminal Appeal to pass a sentence includes a power to make any such order of the Court or recommendation, and a recommendation so made by the Court of Criminal Appeal shall have the same effect for the purposes of section three of the Aliens Act, 1905, as the certificate and recommendation of the convicting Court.

Repeal.

22. The Acts specified in the schedule to this Act are herehy repealed to the extent mentioned in the third column of that schedule.

Short, title, extent, and application.

23.—(1) This Act may be cited as the Criminal Appeal Act, 1907.

(2) This Act shall not extend to Scotland or Ireland.

(3) This Act shall apply to all persons convicted after the eighteenth day of April nineteen hundred and eight, but shall not affect the rights, as respects appeal, of any persons convicted on or before that date.

SCHEDULE.

ENACTMENTS REPEALED.

Session and Chapter.	Short Title.	Extent of Repeal.
7 & 8 Will. 3. c. 3.	The Treason Act, 1695.	In section nine, from "but neverthelesse" to the end of the section.
11 & 12 Vict. c. 78.	The Crown Cases Act, 1848.	Sections three and five.
38 & 39 Vict. c. 77.	The Supreme Court of Judicature Act, 1875.	In section nineteen, the words "including "the practice and procedure with respect "to Crown cases reserved."
44 & 45 Vict. c. 68.	The Supreme Court of Judicature Act, 1881.	Section fifteen.

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

Digitized by Google

Erwerb vom Nichteigentümer.

Besprechung eines „kriminalistischen“ Angriffs.

Von Privatdozent Dr. Neubecker, Berlin.

I.

„Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer in ihrer Neugestaltung durch BGB. § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß. Betrachtungen eines Kriminalisten.“

Unter diesem Titel hat Dr. Karl Binding ein Dekanats-Programm 1908 veröffentlicht, in dem er zu zivilistischen Problemen als Kriminalist Stellung nimmt. Eine zivilistische Antwort auf diese „Betrachtungen eines Kriminalisten“ wird an dieser Stelle darum nicht auffällig erscheinen können.

Binding leitet seine Ausführungen (S. 3) mit folgenden Worten ein: „Als Unberechtigter scheine ich in fremdes Jagdrevier zu brechen. Ich erwarte harte Zurückweisung, besten Falls Spott über Anmaßung und Ungeschicklichkeit.“ Dennoch hat er den Schritt getan, aus Not wegen des Konfliktes zwischen Zivil- und Strafrecht, und aus Gerechtigkeitsgefühl.

Nun, — die Motive sind gleichgiltig; für den „Einbruch“ in zivilistisches Revier aber bedarf es keiner Entschuldigung. Legitimiert ist, wer sich materiell ausweist. Da gibt es keinen Spott und keine Zurückweisung wegen des Mangels „formeller“ Legitimation. Anders steht es mit der materiellen Legitimation. Sie an der Hand der Bindingschen Ausführungen zu prüfen, ist die Aufgabe der nachfolgenden Betrachtungen.

II.

Binding hat bereits in seinem Lehrbuch (2. Aufl. 1902. I, S. 352 N. 5) den Anstoß genommen, den er in dem erwähnten Dekanatsprogramm weiter ausführt.

„Sollte die betrügliche Täuschung statt zum Nachteil des Getäuschten zu dessen Vorteil ausschlagen, sollte sie vielleicht seinen guten Glauben erzeugen und ihn so in den Stand setzen, Eigentum an fremder Sache zu erlangen, so fehlt nicht nur vollendeter, sondern auch versuchter Betrug.“ Dazu wird Note 5 bemerkt: „Früher beging der einen Betrug, der wissentlich eine fremde Sache als seine eigene verkaufte oder vertauschte und infolge davon dem getäuschten Teile Eigentum nicht übertrug.“ Nach HGB. A. 306 war es anders; diese Fälle sind nun durch BGB. § 932 (ebenso § 405 ff.; 1032; 1207; HGB. § 366) ausgedehnt. Die Folge ist, daß viele Fälle, in denen früher wegen Betrugs gestraft werden konnte, heute straffrei sind, weil eben kein Betrug vorliegt. Dies er-

scheint Binding geradezu als ein frivoles Wegeskamotieren der Kriminalität, als eine Art kriminalstatistischen Betruges. Früher war der treulose Zwischenhänder ein Betrüger, — und heute? Heute ist er nur ein Unterschlager. Er müßte aber auch als Betrüger stigmatisiert werden, und damit das geschehen kann, muß seine „betrügerische" Handlung einen Schaden anrichten, und so muß der Dritte trotz besten Glaubens einen Schaden leiden und kein Eigentum erwerben. Dies im Interesse der Gerechtigkeit, damit der „Betrüger" ein solcher sei und als solcher gestraft werden könne!

So wehrt sich Binding als „Kriminalist" gegen diese heimtückische Abgrabung kriminalistischen Gebietes.

Aber auch als — ja, als was? — sagen wir als Mensch, als Eigentümer findet er das Resultat abscheulich. Daß der „Eigentümer", der bisherige alte Eigentümer auf solche Weise seines Eigentums verlustig gehen soll, findet nicht seine Billigung. Dieser Grund ist offenbar von anderer Qualität als der erste.

Denkt man sich in die Lage des Eigentümers, der auf diese Weise um sein Eigentum kommt, so kann einen — je nach Temperament — helle Wut oder tiefe Melancholie überkommen. Es ist in der Tat schmerzlich.

Binding meint: „M. E. wird hier dem ganz äußerlichen Moment der freiwilligen Aufgabe des faktischen Habens eine Bedeutung beigelegt, die ihr nicht zukommen sollte. Es ist ja nicht wahr, daß diese Besitzaufgabe stets eine freiwillige ist. Ich muß beispielsweise meine Sachen dem Handwerker zur Reparatur geben, — ich mag wollen oder nicht, ich muß vor meiner Reise meine Papiere auf die Bank bringen, weil ich sonst ihre diebliche Enteignung zu fürchten habe. Und wenn nun Handwerker und Bank sie unterschlagen, so sollen die Sachen dem Eigentümer nicht wider Willen abhanden gekommen sein? Hat er den unmittelbaren Besitz nicht wider seinen Willen verloren?"

Binding bejaht die Frage. Sie ist — nicht nur, weil das „die regelmäßige Deutung" ist — ganz zweifellos zu verneinen. Und gar die Behauptung, daß es sich um den Verlust des unmittelbaren Besitzes und wider Willen handele! Eine solche Meinung zu vertreten ist überkühn!

Immerhin: das schmerzliche Gefühl des Eigentümers ist zu verstehen. Binding hat dafür jedenfalls vollstes Verständnis, während der Kummer des leichtgläubigen Dritten ihm kein Wort des Bedauerns entlockt.

Über den Standpunkt des Eigentümers hinaus erhebt sich Binding zum Throne des Gesetzgebers. Auch von da aus erscheint ihm die Regelung verdammenswert, aus technischen und sachlichen Gründen. Technisch, — weil Diebstahl und Unterschlagung in concreto nur sehr schwer geschieden werden können, „und nun soll das Gattungsdelikt der widerrechtlichen Aneignung derart geschieden werden, daß ein Teil desselben zwar dem Übergange des Eigentums der entwandten Sachen auf den gutgläubigen Erwerber feindlich entgegensteht, der andere Teil ihn aber nicht zu hindern vermag!"

Ein eigentümlicher Grund! Es mag sein, daß „dem Kriminalisten" die Grenzziehung Schwierigkeiten macht. Was hat das aber mit der zivilistischen Frage eigentlich zu tun? Wenn jene Grenzziehung dem Kriminalisten schwierig wäre, so ziehe man daraus die etwa nötigen kriminalistischen Konsequenzen.

Aber noch mehr! Binding meint: „Sieht man denn nicht ein, daß dies zugleich eine große Ungerechtigkeit wider den durch das Verbrechen schon schwer getroffenen Eigentümer und eine sehr häßliche Begünstigung des Delinquenten bedeutet?" — weil nämlich der Zwischenhändler den Kaufpreis vom Dritterwerber verlangen kann. So macht sich gewissermaßen der Gesetzgeber der Begünstigung von Straftaten schuldig. Wenn's so wäre, könnte man dem ja abhelfen, de lege lata oder ferenda.

Soweit Binding in seinem „Lehrbuch", das 1902 erschienen ist.

Inzwischen hat er die Grundgedanken festgehalten, und in dem eingangs genannten Dekanatsprogramm von 1908 weiterentwickelt.

Dabei wird etwas weiter ausgeholt.

III.

1. Den Ausgangspunkt der Betrachtung bildet — die Stellvertretung.

„Für ein Recht noch ohne Stellvertretung kommt dem Satze: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet axiomatische Bedeutung zu.

In demselben Maße, in welchem die gewillkürte und die gesetzliche Stellvertretung zur Anerkennung gelangen, verliert er sie, und an seine Stelle treten die anderen:

Der Vertreter kann Rechte übertragen, die ihm nicht zustehen;

er kann als solcher keine Rechte übertragen, die dem Vertretenen nicht zustehen;

er kann dessen Rechte nur soweit übertragen, als ihn die Vertretung dazu berechtigt.

Diese Übertragung fremder Rechte ist uns so geläufig" (S. 4/5), daß sie eben selbstverständlich erscheint.

„Die neue Gesetzgebung aber hat die Macht des einfachen Rechtsgenossen, über fremde Rechte zu verfügen, noch über das Gebiet der Stellvertretung erstreckt — ein kühner Schritt von problematischer Gerechtigkeit." „Denn die Anerkennung dieser Verfügungsmacht geschah gewiß nicht im Interesse des Berechtigten, sondern bedeutete für ihn die schwere Gefahr eines Rechtsverlustes ohne oder gar wider seinen Willen." „Sie geschah vielmehr allein, um gewisse Rechtsgeschäfte und ihre Rechtsfolgen unanfechtbar zu machen, also im Interesse der gerade daran Beteiligten. Und diesem Interesse ward rücksichtslos das Recht des Beraubten geopfert. Er hatte sich an der Rechtsordnung in keiner Weise versündigt: aber dennoch spottete sie des Geschädigten und kümmerte sich nicht um seinen Verlust.

Ich rede von dem Eigentumserwerb an fremder Fahrnis, ohne daß der Eigentümer oder sein Stellvertreter das Eigentumsrecht übertragen hätte." (S. 5/6.)

Binding geht bei dieser ganzen Betrachtung aus von dem Gedanken der Stellvertretung. Ein Recht ohne Stellvertretung kennt den Satz: nemo etc. — und ein Recht mit Stellvertretung kennt ihn etwa **nicht**, wie das spätere gemeine Recht auf römischer Grundlage? Ferner: das ältere deutsche Recht kannte so wenig die Stellvertretung wie das römische; galt darum der Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet?

Was heißt das übrigens: ein Recht kennt keine „Stellvertretung"? Gilt das für alle Rechtsgeschäfte, oder nur für obligatorische Verträge, oder auch für „Verfügungen"? Ich erinnere nur an die Stellung des römischen Pfandgläubigers.

Genug! Binding geht aus vom römischen Recht. Das römische Recht hat jenen Satz. Er beherrscht das römische Sachenrecht. Für Binding ist das römische Recht immer noch die ratio scripta, „das Recht", ihm ist es die Gerechtigkeit.

Das geltende deutsche Recht aber kennt Fälle, in denen Eigentum an Fahrnis erworben wird, ohne daß der Eigentümer oder sein Stellvertreter (oder, setzen wir im Sinne Bindings hinzu: jemand ohne die Ermächtigung des Eigentümers) das Eigentumsrecht übertragen hätte.

Die Rechtsordnung spottet des Beraubten, der sich an ihr in keiner Weise versündigt hatte! Wie kam's?

Der Kaufmann wollte es (S. 6), so wurde es zum Handelsrechtsatz (altes HGB. art. 306); nun steht's im BGB. (über Code civil vgl. S. 13 Anm. 1), und die Germanisten empfinden Triumphgefühl (S. 7). Binding aber „als Nicht-Germanisten und Nicht-Zivilisten" wills scheinen, als sei die Anknüpfung an altes deutsches Recht recht äußerlich (S. 8). Er leugnet nicht: „Das enthusiastische Lob, was so leichtherzig vielfach dieser modernen Art der Rechtsberaubung gespendet wird, hat mich manchmal am Gerechtigkeitssinne, ganz besonders auch in Juristenkreisen, irre gemacht" (S. 7).

Ist's so enthusiastisch? Ist's besonders so leichtherzig?

Selbst Binding meint: „Sehr wohl kann ich verstehen, daß die Anerkennung dieses Eigentumsüberganges auf Kosten des bisherigen Eigners in gewissem Umfang (!) im Interesse des so außerordentlich lebhaften Güterumsatzes durch den Verkehr der neueren Zeit als Notwendigkeit angesprochen wird. Nur vermisse ich dann die Rücksicht auf den bisherigen Eigentümer und das ehrliche Bestreben, ihm seinen Schaden zu ersetzen oder wenigstens zu erleichtern" (S. 7).

Das sind Worte, die eine Brücke der Verständigung bilden können. Wie sie sich freilich zu Bindings eigenem Grundgedanken von der ungerechten Beraubung verhalten, lasse ich dahingestellt.

2. Binding wendet sich nunmehr (S. 9 ff.) den „Grundgedanken des geltenden Rechts" zu. Die Grundgedanken des germanisch-deutschen Satzes „Hand wahre Hand" dürfen „natürlich" „nicht ohne weiteres" hineingetragen werden. Die eigenen Grundgedanken müssen erfaßt werden. Sie gehen dahin:

1. Der Besitzer einer fremden beweglichen Sache ist als solcher fähig, das Eigentum auf einen Dritten zu übertragen (S. 9).

2. Unter zwei Voraussetzungen (abgesehen von § 935 II.)

a) daß der Erwerber gutgläubig ist. „Kriminalistischer Betrachtungsweise schiene selbstverständlich, dieses psychologische Erfordernis (des guten Glaubens) vor allem aufgestellt zu sehen für die Person des veräußernden Besitzers. Sie würde erwarten, daß dieser schlechterdings an sein Veräußerungsrecht glauben und zum mindesten nicht bewußt widerrechtlich die fremde Sache verkaufen dürfte. Aber weit gefehlt! Das Erfordernis ist nur aufgestellt für die Person des den Erwerb Beabsichtigenden." Ob alle oder auch nur einige „Kriminalisten" diese „Betrachtungsweise", welche als die „kriminalistische" ausgegeben wird, teilen? Wenn Binding sich wenigstens auf „Natur der Sache" oder „Rechtsgefühl" berufen hätte, oder einfacher noch gesagt hätte: „Mir"! Also Binding würde wenigstens guten Glauben des Zwischenhändlers verlangen. Würde das die „Beraubung" des Eigentümers weniger schmerz-

Digitized by Google

lich machen? Und was hat das mit dem „Verkehrs“bedürfnis zu tun, das ja auch Binding anerkennt — „in gewissem Umfang“ —?

Der gute Glaube aber ist — „ein stark verschrobenes Zerrbild (S. 10). Es ist nicht erfordert „die Überzeugung von dem Veräußerungsrecht des Veräußernden“ (wie HGB. § 366), sondern Glaube an das Eigentum. Ich bin erstaunt, gerade von Binding zu hören, daß das ein stark verschrobenes Zerrbild ist. Ich hatte gemeint, daß gerade ihm diese Einschränkung gegen HGB. § 366 als zweckmäßig erschienen wäre.

Die negative Formulierung der Gesetze (S. 10 a. E.) hat damit natürlich nichts zu tun.

Mala fides superveniens non nocet — S. 11. Natürlich nicht.

b) Die zweite Voraussetzung ist, daß die Sache nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 935) (S. 11).

Diese Tatsachen müssen eingetreten sein in der Person des Eigentümers oder des unmittelbaren Besitzers.

„Gäbe sie daher der unmittelbare Besitzer freiwillig aus der Hand, so wäre sie dem mittelbaren nicht abhanden gekommen.“ (S. 12.) „Für kriminalistische Anschauung“ ist auch dies „nicht ganz verständlich“. Hm!

„Die Grenzen dieses abhanden gekommenen Besitzes zu bestimmen, ist aber wahrlich nicht leicht.“ (S. 12.) Binding gibt die einzelnen Fälle (S. 13) und wirft dabei eine interessante Frage („maßvolle Notstands-Handlung“) auf (S. 14): „Ein Verhungernder sucht sich durch Entwendung einer Sache und deren sofortigen Verkauf zu retten.“ Die zivilistische Entscheidung hängt m. E. nicht von der strafrechtlichen Betrachtung ab — sondern umgekehrt. Es ist nach § 904 BGB. zu entscheiden.

Wie steht es mit „abgezwungenen“ Sachen? Sie sind abhanden gekommen, meint Binding (S. 15). Hier ist zuzustimmen. Ebenso bezüglich der in rechter Notwehr oder Pfändungsbefugnis abgenommenen Sachen (S. 15/16). In der Tat stehen hier „unterschlagene“ Sachen den gestohlenen zivilistisch gleich (S. 16).

So können also — in positiver Formulierung — die „anvertrauten“ Sachen vom Besitzer auf einen gutgläubigen Dritten zu Eigentum (Nießbrauch, Pfand) übertragen werden. „Insoweit trifft das moderne Recht mit dem alten Gedanken zusammen: „wo jemand seinen Glauben gelassen hat, da soll er ihn wieder suchen!“ (S. 17) (vergl. Lehrbuch I S. 353 „Das Zitat ‚Hand wahre Hand‘ imponiert mir nicht“). „Wie aber kommt der unmittelbare Besitzer zu dieser exorbitanten Machtstellung gegenüber dem Eigentümer?“ (S. 17.)

Die Eigentümer hat nicht implicite das Verfügungs recht mit dem Besitz übertragen (S. 17); ein Verfügungs recht kraft Gesetzes hat er, der Zwischenhänder, auch nicht (S. 17/18). Eine Strafe für Leichtsinn ist es auch nicht (S. 18/19). „Der wirkliche Grund wird gefunden in der bona fides des Erwerbers und im Bedürfnis nach deren Schutz. Das gerade ist das moderne Schlagwort!

Es klingt so edel und ist so falsch und beweist so gar nichts!“ (S. 19.)

„Die gute bona fides! Sie steigt im Wert mit dem Wechsel ihres Inhabers! Bei dem bisherigen Eigentümer ist sie alt und schal und so lendenlahm geworden, daß sie ihm sein Eigentum nicht mehr erhalten kann. Beim neuen Erwerber aber wirkt sie Wunder!“ Hm, man vgl. dazu nur beispielsweise die Ersitzung!

Binding findet den Grund der Erscheinung — im Verkehrsbedürfnis, das „innerhalb gewisser Schranken" anzuerkennen ist (S. 20). Also doch!

„Es handelt sich nur um die Voraussetzungen. Deren sind heute angeblich zwei: die freiwillige Besitzaufgabe — weit besser nähme man den guten Glauben des Veräußerers an sein Eigentumsrecht (??) — und die Gutgläubigkeit des neuen Erwerbers (S. 20). Der Besitzer hat die tatsächliche Macht der Verfügung (S. 21). Das ist wohl nichts anderes, als was Gierke und Sohm meinen (S. 19 Anm. 2), obwohl Binding sagt: „Ich kann da nicht mit."

3. Auf diese Weise werden durch den Wortlaut von BGB. §§ 932, 935 die Vermögensverbrechen begünstigt — S. 22 ff.

a) Binding geht hier energisch zum Angriff vor. Er meint: „Für alle Aneignungsverbrechen ist Angriffsobjekt nie der Besitz, sondern das Eigentum" (S. 24) — „nun liegt es tief im Bedürfnisse nach Schutz des Eigentums, — und die ganze Geschichte der Aneignungsverbrechen hat diesen Gedanken unentwegt festgehalten — daß das Aneignungsdelikt gegenüber dem Eigentumsrechte machtlos bleibt, daß sich seine schädigende Wirkung auf das tatsächliche Verhältnis des Eigentümers zu seiner Sache beschränkt, daß also sein Täter durch seine Tat schlechterdings nie Eigentum an der widerrechtlich behandelten Sache erlangen kann. Die res bleibt dauernd res furtiva. Auf diesem Satze ruht die ganze kriminelle Behandlung der Aneignungsverbrechen in allen Strafgesetzbüchern der Gegenwart, also (sic!!) auch in unserem. Und man braucht kein großer Prophet zu sein, um die Voraussage zu machen, auch die künftige Gesetzgebung werde den Täter der Unterschlagung, den Dieb, den Räuber nicht dadurch prämiieren, daß sie ihnen das Eigentum an der dem Eigentümer widerrechtlich entzogenen Sache zuspricht."

Mag Angriffsobjekt der Besitz oder das Eigentum sein, mag das ältere deutsche Strafrecht (S. 23 im Gegensatz (?) zu S. 24) den Besitz wesentlich im Diebstahlsverbot schützen, darin hat Binding jedenfalls Recht, daß niemals Unterschlager, Dieb, Räuber an den unterschlagenen, gestohlenen, geraubten Sachen Eigentum erlangen — noch erlangen werden.

„Nun aber würde ein grundverkehrtes Gesetz, was der Delinquent nicht zu vollbringen vermochte, seinerseits vollbringen, indem es als Wirkung seiner widerrechtlichen Aneignung zwar nicht den Eigentumserwerb für ihn selbst, wohl aber für den redlichen Erwerber eintreten ließe." (S. 26.) „Das Gesetz verbindet sich mit dem Delinquenten zur Schädigung des Eigentümers."

„Das aber läuft der rechtlichen (!) wie sittlichen Pflicht des Gesetzgebers schnurstracks entgegen: er macht sich dadurch einer Treulosigkeit gegen den schuldig, dem er selbst das Eigentum eingeräumt hat."

Welche Fülle von — merkwürdigen Gedanken! Der Erwerb des gutgläubigen Dritten soll gegen den Satz verstoßen, daß der Delinquent keine Rechte aus seinem Delikt erwirbt!! Der Gesetzgeber begeht eine Treulosigkeit gegen den Eigentümer! Was für ein Eigentum hat denn der Eigentümer? Welches Eigentum hat denn der Gesetzgeber ihm „eingeräumt"? Doch kein romanistisch-Bindingsches!

Digitized by Google

Jede Ersitzung ist dann ein Hohn auf alle Sittlichkeit, das ganze Fundrecht ist eine ethische Unmöglichkeit usw. usw.

Binding geht aber darüber hinaus und sagt sogar, daß das Gesetz damit „den Täter der Unterschlagung befähige“ (S. 26). Einen solchen Ausspruch sollte man auch im heiligsten Zorn nicht tun können (vgl. dazu Lehrbuch I S. 352, Note 5 unter 1).

Nun kehrt die Idee des Lehrbuches wieder: der Täter werde auch „in bestimmter Richtung vor der Strafe“ nämlich des Betruges geschützt (S. 26). Zum Schluß dieses Abschnittes postuliert dann Binding (S. 28):

„Der Dolus sollte unfähig bleiben, die Basis unanfechtbarer Rechte zu werden.“ Sehr richtig. Ganz einverstanden. Nur ist festzustellen, daß dies in den genannten Verhältnissen eben so liegt.

4. Nachdem so das Verdikt über die gewöhnliche Auslegung gesprochen ist, geht Binding zu dem „Versuch gerechterer Auslegung“ über (S. 28 ff.).

Das BGB. ist nach dem Grundsatz der „Konkordanz der verschiedenen Teile des Rechts“ auszulegen (S. 28), d. h. hier nach dem Strafrecht Bindings. In welcher Weise? Die Worte „oder sonst abhanden gekommen“ sind „erklärend“ oder wenn man lieber will „berichtigend“ dahin auszulegen, daß sie sich auf unterschlagene Sachen miterstrecken.“ (S. 29.)

Die Zivilisten sollten dem schon aus praktischen Gründen zustimmen. Es würde ihnen so erspart, „sich den Kopf zerbrechen zu müssen über die im Einzelfall oft so ungemein schwierige Grenzlegung zwischen Unterschlagung und Diebstahl“ (S. 29/30). „Aber davon will ich absehen!“ (S. 30.)

Binding meint nun: die Sache ist dem Eigentümer auch dann „abhanden gekommen“, wenn sie „unterschlagen“ wird. „Durch jede Unterschlagung kommt die Sache dem Eigentümer abhanden.“ (S. 31.) Wenn jemand so sprechen will, gut! Was versteht er denn dann unter „abhanden kommen“? „Liegt doch in jeder eigenmächtigen Verwandlung der Detention an fremder Sache in juristischen Besitz*) eine Entwendung der Sache, eine Aneignung, und durch jede Aneignung kommt eben die Sache dem Eigentümer abhanden.“ (S. 31.) Hier wird „Entwendung“, „Aneignung“, „Abhandenbringen“ gleichgestellt. Daß das nicht berechtigt ist, bedarf wohl keiner Ausführung.

Was bedeutet denn „Abhandenbringen“? Man kann darunter verstehen das Verbringen aus der faktischen Gewalt, aus dem „Besitz“; oder auch das Verbringen aus der rechtlichen Gewalt, dem „Eigentum“, indem die „Hand“, manus, mund (vgl. isländ. „mund“) als Symbol der faktischen oder rechtlichen Gewalt dient.

---

*) Bei dieser Gelegenheit erklärt Binding „die gemeinrechtliche Unterscheidung von juristischem Besitz und Detention“ „für viel feiner, wie die Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz“ (S. 31) Die „gemeinrechtliche“ Unterscheidung war außerordentlich bestritten. Was war denn „gemeines“ Recht? Das römische? Das kanonische? Welche Theorie war die richtige, die Savignys oder Iherings? Welche war „feiner“ als die des Bürgerlichen Gesetzbuches? Inwiefern war sie es denn? Wenn Binding meint: „In der strafrechtlichen Lehre von den Aneignungsverbrechen erscheint sie auch heute noch ganz unentbehrlich und wird sie es bleiben“, so wird man wohl wünschen dürfen, daß das Strafrecht sich auf seine eigenen Füße stellt, und soweit erforderlich auf das *geltende* bürgerliche Recht, nicht aber auf das „feine gemeine Recht“.

Letzteres kann hier nicht in Frage kommen. So verbleibt nur der Besitzverlust. Man könnte hier das Abhandenbringen auf alle Arten des Besitzes zu beziehen vielleicht versucht sein, sowohl auf den mittelbaren, wie den sog. unmittelbaren Besitz. Kann man nun wirklich auf den mittelbaren Besitz den Ausdruck „Abhanden“ (-kommen, -bringen) anwenden?

„Warum aber soll der Verlust des mittelbaren Besitzes nicht auch als ein Abhandenkommen der Sache bezeichnet und gefaßt werden? Wenn der Pfandgläubiger, der Mieter usw. meine Sache verkauft, kommt sie mir dadurch nicht auch abhanden?

Wird jemand, der dem Freunde ein Buch geliehen hat, das von diesem verloren worden ist, nicht sagen: „Ich habe es verliehen, und dabei ist es mir abhanden gekommen?“ “

Kann man — genau genommen — so sagen? Ich meine, daß schon in der allgemeinen Sprache dies nicht zulässig ist. Wie die „Hand“ schon andeutet, muß es sich um „Handhaftes“ handeln, d. h. (in allerdings auch schon erweitertem Sinn) um den sog. unmittelbaren Besitz.

Zweifellos ist dies nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes der Fall, der hier allein ausschlaggebend sein kann. Selbst wenn jener von Binding behauptete allgemeine Sprachgebrauch zulässig wäre bezw. bestünde, so wäre das dem Gesetz gegenüber ganz gleichgültig. Nach § 935 kann ein Zweifel nicht sein, sowohl nach Sinn wie Wortlaut. Auf die anderen §§ (799, 804 usw., 1006, 1007) braucht dabei nicht eingegangen zu werden. Es ergibt sich aus ihnen nichts anderes (S. 32 Anm. 1). Binding selbst führt das Reichsgerichtsurteil Bd. 54 S. 68 gegen sich an.

So zweifelt Binding schließlich selbst, auf diesem Wege das gewünschte Ziel zu erreichen. Nun versucht er es (S. 33) durch „eine berichtigende Auslegung des Gesetzes“ „aus dem ganz feststehenden strafrechtlichen Grundsatz, daß durch ein Aneignungsverbrechen dem dadurch Betroffenen das Eigentumsrecht schlechterdings nicht entzogen werden dürfe. Dieser Grundsatz ist so gesund und gerecht, daß man sich scheuen sollte, auch nur etwas daran zu rütteln!

Die im Gesetz erwähnte gestohlene Sache wäre dann mittels gebotener Analogie auf jede durch Aneignungsdelikt dem Eigentümer abhanden gekommene Sache zu erweitern.“ (S. 33.) Hier sagt Binding, daß dem Eigentümer durch das Delikt das Eigentum nicht entzogen werden dürfe. S. 28 soll durch eigene Delikte niemand Rechte erwerben. Gemeint ist immer dasselbe: der Unterschlager soll keine Rechte erwerben, die strafrechtliche Aneignung soll Rechte nicht entziehen. Einverstanden. Es ist auch nicht der Fall. Der g u t g l ä u b i g e D r i t t e erwirbt die Rechte, Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht; und insoweit muß eben der bisherige Eigentümer zurücktreten. Auch ein Verstoß gegen § 134 BGB. liegt nicht vor.

So ist Bindings Versuch, das geltende Recht nach seiner Idee der Gerechtigkeit zu gestalten, als vollkommen gescheitert anzusehen. Weder die Auslegung des „Abhandenkommens“, noch die analoge Ausdehnung ist annehmbar.

„Aber selbst, wenn diese Auslegung angenommen werden sollte — eine andere Ungerechtigkeit würde bleiben. Und diese wäre nur durch Änderung des Gesetzes zu erreichen.“ (S. 35.) Nämlich:

5. Die billige Entschädigung für den Eigentums-Verlust de lege ferenda.

„Unsere Verfassungsgesetze pflegen den Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums zu verkünden. Muß eine Enteignung vorgenommen werden, so gilt allgemein der Grundsatz voller Entschädigung des Enteigneten." (S. 35.) In § 932 hat der Besitzer fremder Sachen eine Enteignungs m a c h t, wie steht es mit der Entschädigung?

Ich will mit dieser Parallele nicht rechten — wie steht es mit der Entschädigung?

Der Eigentümer kann sich natürlich an den Unterschlager halten. (S. 36.) Meist hat dieser nichts.

Wie steht es bei F a h r l ä s s i g k e i t des „Besitzers" und des „Dritterwerbers"?

„Man könnte glauben, auch bei dieser Gestaltung komme § 823 zur Anwendung. Indessen bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß das BGB. diese Schuld zu gering achtet, um sie nicht zu ignorieren. Der gutgläubige Besitzer und der gutgläubige Erwerber sollen nicht nach den Grundsätzen der Haftung für unerlaubte Handlung haften.

So scheidet also die Haftung für unerlaubte Handlung ganz aus, sofern nicht der Tatbestand der Unterschlagung vorliegt." (S. 38.)

In der Anmerkung bemerkt Binding dazu: „Dieser Standpunkt läßt sich antasten." Das stimmt gründlich. Ich möchte gerne wissen, wer ihn eigentlich einnimmt. Binding sagt einfach, das BGB. achte diese Schuld (culpa levis) zu gering. Woher weiß er denn das? Das einfache Nachlesen des § 823 hätte ihn vom Gegenteil überzeugen können. Auf die Streitfrage bezüglich der konkurrierenden Haftung aus Vertrag und Delikt braucht dabei nicht eingegangen zu werden.

S o w e i t nun die Haftung auf Schadensersatz nicht besteht, d. h. also s o w e i t k e i n V e r s c h u l d e n vorliegt, wie steht es da?

Der veräußernde Besitzer (Zwischenhänder) haftet nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. (S. 39.) Das deckt nicht immer den Schaden.

Wie steht der Erwerber? Er haftet bei unentgeltlichem Erwerb nach § 816 I, 2. (S. 37), bei entgeltlichem Erwerb überhaupt nicht. Dies vor allem erregt Bindings Bedauern. Angenommen: die Sache ist 1000 wert, gezahlt sind 600, so ist der Erwerber auf Kosten des Eigentümers um 400 Mk. bereichert.

„So fordert die Gerechtigkeit vor allem, daß der frühere Eigentümer jene 400 Mk. auf den Titel der ungerechtfertigten Bereicherung vom neuen Eigentümer fordern kann." (S. 38.)

Also soll der Erwerber die 400 Mk. zahlen.

Jetzt ist nach Binding wenigstens diese Abscheulichkeit aus der Welt geschafft. Nun ist aber der alte Eigentümer immer noch um 6 0 0 Mark geschädigt. Was nun? D i e s e n S c h a d e n sollen der alte und neue Eigentümer teilen: also der Erwerber zahlt noch einmal 300 Mark. Das Resultat dieser „gerechten Abwägung", dieser Art „Interessenjurisprudenz" ist nun: der alte Eigentümer bekommt für die Sache 700 Mk., der neue h a t gezahlt 600 als Kaufpreis und zahlt noch dazu 700 Mk., in Summa 1300 Mk. für die Sache, die 1000 Mk. w e r t i s t (objektiv!), und die er g u t g l ä u b i g erworben hat. Und diese K o n z e s s i o n macht Binding um des Verkehrs willen, weil der Gutgläubige eben schließlich geschützt werden muß und der bisherige Eigentümer, der die Sache aus der Hand gab, auch den Schaden mittragen soll. (S. 39.)

Digitized by Google

Welch eine Idee von Gerechtigkeit! Ich versage mir jede weitere Ausführung. Ich will nur feststellen, daß ein Mann mit solchen Gedanken allerdings an dem Gerechtigkeitssinn der andern verzweifeln muß.

Damit noch nicht genug! „Dem früheren Eigentümer droht aber die Gefahr dauernder Schädigung, wenn entweder der Veräußerer oder der neue Erwerber sich ihrer Leistung ganz oder teilweise entziehen." Was will Binding dagegen machen? „Der ganze dem bisherigen Eigentümer erwachsene Schaden wäre billigerweise zwischen diesem, dem Veräußerer, der ja das Unheil mit angerichtet hat, und dem neuen Eigentümer zu dritteln." (S. 40.)

Hilft denn das etwas gegen jene Gefahr? Man sollte solche Vorschläge nicht für möglich halten.

Binding meint: „Das alles sind Vorschläge de lege ferenda, die der Billigkeit entsprechen wollen. Ich bin weit entfernt zu glauben, sie seien die einzig möglichen." Die Parteien können sich auch vergleichen!! Ja, Binding kann sich sogar den Fall „denken, daß der Richter, weil etwa der Eigentümer die Sache ganz unverantwortlicher Weise aus der Hand gegeben, ihm den ganzen Schaden beließe." (S. 41.) Das wäre also eine Anwendung des Prinzipes des § 254 BGB.

Daß diese Vorschläge „de lege ferenda" jemals irgendwo Verwirklichung finden könnten, ist gänzlich unmöglich. Gegen sie mit Gründen zu Felde zu ziehen, wäre unnütze Arbeit. Sie sprechen genügend laut gegen sich selbst.

IV.

Überblickt man die Bindingsche Schrift im ganzen, so kann man nur lebhaft bedauern, daß sie geschrieben, daß sie so geschrieben worden ist.

Gewiß, man kann sehr oft verschiedener Meinung sein. Bei Juristen gehört's, wie man sagt, zum Beruf.

Aber es gibt Dinge, über die sich nicht oder nicht in einer gewissen Weise streiten läßt.

Die Regelung des Erwerbs vom Scheinberechtigten kann Bedenken erregen — gewiß. Man kann daran Anstoß nehmen — aber man muß schließlich die Verhältnisse dabei doch etwas überblicken können, sowohl die tatsächlichen wie die rechtlichen Verhältnisse. Was diese letzteren betrifft, so gehört dahin sowohl die Beurteilung nach Strafrecht, das ich wegen des Kriminalisten Binding voranstellen will, als auch das Zivilrecht; die Beachtung des geschichtlichen und dogmatischen Zusammenhangs; auch die vergleichende Heranziehung von fremden Rechten der europäischen Kulturgemeinschaft.

Hätte Binding dies getan, so war es unmöglich, daß er seine vorgefaßte, im Lehrbuch bereits ausgesprochene Ansicht in dieser Weise weiter ausführte und „begründete".

Binding unterschätzt, nein, er verkennt die Bedeutung des „Besitzes" sowohl im Strafrecht, wie im Zivilrecht. (S. 9. S. 17.) Ihm richtet sich der Diebstahl etc. wesentlich gegen das Eigentum, während die Diebstahls„norm" wesentlich den „Besitz" zu schützen übernimmt. Das deutsche Recht ist ihm da natürlich nicht maßgebend (S. 23): heute muß man „der Sache auf den Grund sehen," und da ergibt sich, „daß die

Besitzergreifung zwecks Aneignung nur als ganz nebensächliches sog. Qualifikationsmoment gewürdigt werden darf.“ (S. 23.)

So kommt er schließlich doch auf „das andere Extrem“, auf das Furtum des römischen Rechts. (S. 23.)

So ist eine kriminalistische Verkennung — sowohl in legislativer wie auch psychologischer Hinsicht — bezüglich des Besitz- und Friedensbruchselementes im Diebstahl und in verwandten Verbrechen festzustellen. Dieselbe falsche Auffassung dieses Grundelementes allen Rechts zeigt sich im Zivilrecht: der „Besitz als Legitimationsmittel“, wie z. B. Sohm und Gierke dies nach dem eigenen Zitat Bindings ausgesprochen haben, ist ihm eine unverständliche Erscheinung. „Ich kann da nicht mit!“ (S. 19, Anm. 2.) Dieses „Nichtmitkönnen“ ist ultraromanistisch. Binding steht germanischen und modernen Rechtsgedanken geradezu verständnislos gegenüber, wie er selbst ja zugibt und mit dürren Worten ausspricht. Ich will das ausdrücklich hervorheben, — um etwaigen Vorwürfen in dieser Hinsicht von vornherein zu begegnen. So fehlt ihm auch der Blick für geschichtliche Entwicklung. Aber mehr noch: auch für die dogmatischen Zusammenhänge. Wenn Binding schon Anstoß nehmen wollte, dann mußte er das gründlicher tun und viel weiter gehen. Dann mußte sich sein Angriff auf das ganze Institut des sog. guten Glaubens richten. Ich verweise nur auf den gutgläubigen Erwerb von Geld, Inhaberpapieren und öffentlich versteigerten Sachen, selbst wenn sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen sind; ferner auf Erwerb kraft Grundbuchrechts, kraft Erbscheins, kraft Scheinvollmacht usw.

Welche Abgründe klaffen da zwischen dem Zivilrecht und dem „Strafrecht“ im Sinne Bindings.

Und wenn aus dieser ganzen Fülle verwandter Erscheinungen nun der Erwerb von Fahrhabe herausgegriffen werden sollte, und eine andere Lösung des Konfliktes als nach der „gewöhnlichen“ Auffassung von § 932 und § 935 de lege ferenda zu finden war, nun, da bot die Geschichte auch schon einen recht hübschen Mittelweg zwischen römischem Recht und BGB. im „Lösungsanspruch“ nach nordgermanischem, lübischem, preußischem Recht. Da brauchte Binding sich nicht so vergeblich zu bemühen und ungeheuerliche Vorschläge de lege ferenda zu produzieren. Damit ergibt sich auch der Zusammenhang mit fremden Rechten, aus denen auch mancherlei Schätzenswertes gelernt werden kann.

Mit diesen Bemerkungen will ich mich begnügen. Weitere zivilistische Ausführungen gehören nicht an diese Stelle; ich möchte solche auch mit diesem Anlaß nicht verknüpfen.

Das „Portrait parlé“.

Neue Signalementslehre nach Bertillon.

Von Kriminalkommissar Dr. iur. Hans Schneickert, Berlin.

Neben der in Angriff genommenen Reform des Strafrechts und Strafprozeßrechts muß auch eine entsprechende Reform der Strafermittelungs- und -Verfolgungsorgane, namentlich aber der Kriminalpolizei, einhergehen. Tatsächlich ist man auch auf eine bessere Ausbildung der Polizei bedacht, wovon schon unsere modernen Polizeischulen und -kurse Zeugnis

geben. Für den Exekutivbeamten genügt es heute selbstverständlich nicht mehr, wenn er die normwidrigen Handlungen der Staatsbürger juristisch richtig abzugrenzen und in Form von Berichten, Strafanzeigen und Vernehmungen darzustellen vermag, er muß auch polizeitechnische Kenntnisse haben. Da gibt es genug Spezialgebiete, die ein ganzes Programm einer Polizeischule ausfüllen, wie Sicherung von Verbrechensspuren, Tatbestandsaufnahmen und -Zeichnungen, Verbrechermessung (Bertillonage), Identifizierungen, Rekognoszierungen u. a. Gerade auf diesem letztgenannten Gebiete, das dem Polizeibeamten täglich neue Aufgaben stellt, fehlt es an einer einheitlichen, zweckmäßigen und zuverlässigen Signalementlehre.

In der Regel haben die Polizeibeamten nach einem von dem Geschädigten oder einer sonstwie an einem Strafverfahren beteiligten Person zu Protokoll gegebenen Signalement, dem günstigenfalls noch eine Photographie beigegeben ist, eine bestimmte Person zu suchen, sei es einen flüchtigen Beschuldigten, sei es eine als vermißt gemeldete Person. Nun wissen wir aber aus Erfahrung, daß solche Signalements aus dem Publikum trotz eifrigster Ausforschung durch den Beamten nicht nur sehr lückenhaft, sondern auch sehr unzuverlässig sind und somit — infolge oberflächlicher Beobachtung und falscher Abschätzung der charakteristischen Merkmale der zu beschreibenden Person — viele Fehlerquellen enthalten, die nicht selten zu unangenehmen Mißgriffen führen.

Eine der Personenbeschreibung beigefügte Photographie ist ja zweifellos einer der besten und sichersten Anhaltspunkte für den recherchierenden Beamten, zumal beim Mangel auffallender Merkmale der beschriebenen Person. Nun muß man aber auch damit rechnen, daß einerseits ungeeignete, z. B. veraltete Photographien den recherchierenden Beamten eingehändigt werden, und andrerseits die Beamten mangels besonderer Schulung ein Porträt auch nicht besser wie jeder Laie zu betrachten verstehen.

Selbst wenn ein von einem polizeilichen Erkennungsamt aufgenommenes genaues Signalement vorhanden ist, haben wir nur eine geringe Garantie für die sichere Wiedererkennung des zu Suchenden, einmal weil der Polizeibeamte die im Erkennungsamt gebräuchlichen technischen Signalementsausdrücke, insbesondere Abkürzungen, gar nicht oder zu wenig kennt, und dann weiter im Vergleichen von Signalements, Porträts und Personen gar keine fachmännische Übung hat. Eine solche Schulung bezweckt nun die neue Signalementslehre von Alphonse Bertillon „Le portrait parlé", auf deren Grundlagen wir weiter unten noch zu sprechen kommen. —

Die Notwendigkeit der polizeilichen Identifizierung bez. Wiedererkennung von zu suchenden Personen unterscheidet sich nach folgenden drei Fällen:

1. Die suchende Person und ihr amtlich aufgenommenes Signalement ist polizeilich, d. h. nach Personalakten, Körpermessung und Photographie, genau bekannt. Beispiel: Ermittlung eines aus dem Gefängnis flüchtigen Sträflings. Der Beamte kann an der Hand hinreichenden und zuverlässigen Rekognoszierungsmaterials seine Recherchen durchführen.

2. Die zu suchende Person ist der Polizei nur dem Namen und dem bisherigen Aufenthalt nach, sowie nach der Beschreibung durch Dritte (z. B. Geschädigte, Wohnungsnachbarn usw.) bekannt, so daß die Wieder-

Digitized by Google

erkennung für den Polizeibeamten schon viel schwieriger ist. Durch Unterstützung seitens der Polizeibehörde eines früheren Aufenthaltsortes des Gesuchten kann günstigenfalls geeignetes Rekognoszierungsmaterial beigeschafft werden. Beispiel: Der in Hamburg vorbestrafte, gemessene und photographierte H. ist nach Unterschlagung aus Berlin flüchtig.

3. Der unbekannte Täter wird bei der Verbrechenstat von Zeugen ertappt oder gestört und flieht. Das nach den Angaben dieser Zeugen aufgenommene Signalement ist regelmäßig sehr lückenhaft und unzuverlässig, weil die Begegnung zu flüchtig und ein Einprägen der Merkmale des Täters unmöglich ist. Eine Ermittlung und Wiedererkennung dürfte hier nur durch Konfrontation des mutmaßlichen — auf Grund anderer Verdachtsspuren entdeckten — Täters mit den Zeugen herbeizuführen sein. Die Recherchen des Polizeibeamten auf Grund eines Signalements sind dagegen in solchen Fällen erklärlicherweise wenn nicht unmöglich, so doch ziemlich aussichtslos.

Erwähnt sei hier noch, daß in den beiden letzten Fällen eine Identifizierung des Verbrechens noch durch mancherlei andere Indizien erleichtert werden kann, z. B. durch Fuß- und Fingerabdrücke, sowie am Tatort zurückgelassene Gegenstände, durch Handschriftenvergleichung und dergl.

Wenn wir infolge undurchführbarer Schulung des Publikums hinsichtlich besserer Beobachtung und Beschreibung von Gegenständen und Personen nie auf ein zuverlässiges Signalement aus Zeugenkreisen rechnen dürfen, so kennen wir aber doch keinen Grund, der die Nichtschulung der Polizeibeamten nach dieser Richtung irgendwie entschuldigen könnte, es sei denn das Fehlen einer geeigneten praktischen Signalementslehre.

Das „Portrait parlé" bezweckt nun in erster Linie die Lehre und Anwendung einer methodisch eingerichteten Personenbeschreibung im Polizeidienst, in weiterer Linie die Schulung der Polizeibeamten überhaupt im richtigen Beobachten, Beschreiben, Abschätzen, Vergleichen und Wiedererkennen von Personenporträts in Wirklichkeit und im Bild. Niemand wird die Wichtigkeit einer solchen Schulung leugnen können, selbst nicht jene, die sich heute noch nicht mit einer theoretischen Ausbildung der Exekutivbeamten befreunden können und die Bedeutung des „Portrait parlé" für die Praxis bezweifeln.

In den der Erlernung dieses Signalementssystems gewidmeten Übungskursen müßten auch die Erfahrungen auf dem Gebiet der Personenentstellung (Unkenntlichmachen durch Verkleidung, Bemalen des Gesichts u. dergl.) gelehrt werden.

Wir wollen uns jetzt etwas näher mit dem neuen Signalementssystem selbst befassen. Beim „Portrait parlé" handelt es sich um die Beschreibung der Formen, Maße und Richtungslinien der verschiedenen Bestandteile der menschlichen Gestalt, deren Aufzeichnung an der Hand eines besonderen Wörterverzeichnisses das Signalement darstellt. Die drei Grundbezeichnungen: klein, mittel, groß dienen, entsprechend variiert, bei allen Teilen der menschlichen Gestalt als Maßangaben, wobei „klein" und „groß" nur die Ausnahmefälle, „mittel" dagegen die gewöhnliche Form kennzeichnet.

Wenn zwischen die drei Grundmaße noch zwei weitere Grenzmaße

eingereiht werden, so erhalten wir folgende Stufenleiter, in der die Grenzmaße in Klammern gesetzt sind:

klein — (klein) — mittel — (groß) — groß.

Diese Stufenleiter wird noch erweitert durch die zwei äußersten Maße: „sehr klein" und „sehr groß", die im Signalement durch Unterstreichung hervorgehoben werden. Demnach erhalten wir folgende siebenstufige Einteilung: klein — klein — (klein) — mittel — (groß) — groß — groß.

Unter Zugrundelegung entsprechender besonderer Ausdrücke werden auch die Stufenleitern der einzelnen Formen, Farben und Neigungen, die sich nicht durch Größebezeichnungen ausdrücken lassen, gebildet, z. B. Augenbogen, Nasenrücken usw.

Wie würde nun z. B. die Nase nach dem neuen System beschrieben werden müssen?

Die Nase hat folgende Bestandteile: 1. Nasenwurzel. 2. Nasenrücken. 3. Nasenbasis. 4. Nasenhöhe. 5. Nasenvorsprung. 6. Nasenbreite. — Dazu kämen dann ihre besonderen Merkmale.

1. Die Nasenwurzel, eine querliegende Vertiefung zwischen den beiden Augen unter der Stirnbasis. Fehlt diese Vertiefung, dann haben wir das sogen. griechische (= ununterbrochene) Profil. Je nach der größeren oder geringeren Vertiefung bezeichnen wir die Nasenwurzel als

klein — klein — (klein) — mittel — (groß) — groß — groß.

2. Der Nasenrücken, von der Nasenwurzel bis zur Nasenspitze gehend. Hier haben wir die drei Hauptformen:

konkav (eingedrückt) — geradlinig — konvex (gebogen).

Nach der siebenstufigen Einteilung erhalten wir folgendes Schema: konkav — konkav — (konkav) — geradlinig — (konvex) — konvex — konvex.

3. Die Nasenbasis wird durch die freien Ränder der Nasenflügel gebildet. Sie kann sein:

aufwärts — aufwärts — (aufwärts) — horizontal — (abwärts) — abwärts — abwärts.

4. Unter Nasenhöhe ist die Entfernung zwischen dem tiefsten Punkt der Nasenwurzel und dem untersten Punkt der Nasenflügel zu verstehen; Abstufung wie bei 1.

6. Die Nasenbreite wird durch die zwischen den äußersten Punkten der Nasenflügel liegende Querlinie gemessen; Abstufung wie bei 1.

7. Besonderheiten der Nase:

a) S-förmiger Rücken. Die Nasenwurzel reicht tief herab, die obere Hälfte des Rückens ist stark konkav, die untere Hälfte stark konvex; der ganze Nasenrücken beschreibt also eine deutliche „S"-linie.

b) Abgeplatteter Nasenrücken. Ungefähr 1½ bis 2 cm unter der Nasenwurzel bildet sich eine längliche, nicht erhöhte Abplattung des Nasenrückens. Befindet sich diese (meist dreieckige) Abplattung auf der Nasenspitze, so bezeichnen wir sie als:

c) Abgeplattete Nasenspitze.

d) Breiter und schmaler Nasenrücken.

Digitized by Google

e) Gequetschte Nase.
f) Nach links oder rechts eingebogene Nase, nur die Mitte des Rückens betreffend.
g) Nach links oder rechts schiefe Nasenspitze.
h) Spitze Nasenspitze.
i) Dicke Nasenspitze.
k) Gespaltene Nasenspitze.
l) Sichtbare Nasenscheidewand.
m) Nicht sichtbare Nasenscheidewand.
n) Verdickte Nasenflügel.
o) Bewegliche Nasenflügel.
p) Umsäumte Nasenflügel.
q) Erweiterte Nasenflügel.
r) Zusammengedrückte Nasenflügel.

Mit derselben Genauigkeit werden auch die übrigen Teile des menschlichen Körpers (namentlich des Kopfes) geprüft und beschrieben und mit Hilfe besonderer, sehr einfacher Abkürzungen auf die mit Vordruck versehenen Signalementskarten eingetragen.

Um eine (nach Bertillons Vorschriften aufgenommene) Photographie (Profil- und Enfaceaufnahme) richtig „lesen“ und die durch Alter und Entstellung nicht veränderten Gesichtselemente und -Besonderheiten sich einprägen zu können, muß der Polizeibeamte auch das System des „Porträts parlé“ kennen.

Die erste für Unterrichtszwecken bestimmte Darstellung dieser neuen Signalementslehre hat auf Anregung Bertillons Professor Dr. R. A. Reiß in Lausanne ausgearbeitet unter Beifügung zahlreicher Zeichnungen und Photographien, die das System besser veranschaulichen.[1])

Über die Einführung der „Portrait parlé“ in der Praxis macht Prof. Reiß folgende Angaben. An der Pariser Polizeipräfektur besteht eine von Bertillon geleitete Polizeischule zur Erlernung des „Portrait parlé“. Alle Kriminalbeamten, sowie die Beamten der Gendarmerie und Gefängnisse des Seinedepartements müssen diesen Kursus besuchen und mit einer Prüfung abschließen. Aber auch von anderen Departements werden häufig Beamte nach Paris gesandt, um dort den erwähnten Lehrkursus zu absolvieren.

In der Schweiz wurde in vielen Kantonen das „Portrait parlé“ im Polizeidienst mit dem besten Erfolg eingeführt.[2]) Im Kanton Waadt unterrichtete Prof. Reiß sowohl die Kriminalbeamten, als auch die Gendarmen und die städtischen Polizeibeamten von Lausanne in der neuen Signalementslehre.[3])

In der rumänischen Hauptstadt Bukarest wurde das „Portrait

---

[1]) Das Handbuch „Le portrait parlé“ ist im Verlag von Th. Sack, Lausanne, erschienen; Taschenformat, 140 Seiten, Ganzleinenband, Pr. 3,50 Frcs. Eine italienische Ausgabe ist, von D. P. Cavalieri bearbeitet, kürzlich bei L. Beltrami, Bologna, erschienen. Die deutsche Ausgabe ist vom Verfasser dieses Aufsatzes bearbeitet worden und soeben in J. Schweitzers Verlag, München, erschienen.

[2]) Eine für den Kanton Bern bestimmte amtliche Ausgabe des „Porträt parlé“ in deutscher und französischer Sprache (nebst Abkürzungen) — auf einem mehrteiligen Karton (Taschenformat) gedruckt — liegt als „Führer zur Signalementslehre“ auch schon vor. (Verlag von Büchler & Comp., Bern, Pr. 25 Pfg.)

[3]) In der Zeitschrift „Das Recht“ vom 10. April 1906, S. 401 ff. gibt Prof. Reiß einige Ausführungen über die Einteilung und Durchführung des Signalementsunterrichts.

Digitized by Google

parlé" vom Chef des dortigen Erkennungsdienstes Dr. Minovici eingeführt.

Beim Berliner Erkennungsdienst kommt Bertillons Signalementslehre schon seit langem zur Anwendung, allerdings nur im Innendienst; ebenso beim Wiener Erkennungsamt, worüber eine Abhandlung von Professor Hans Groß in seinem Archiv, Band 10, S. 148 ff. näher unterrichtet.

Prof. Reiß hat, wie auch Bertillon, bisher nur gute Erfolge der nach der neuen Signalementslehre unterrichteten Beamten beobachtet, namentlich auch bei den im Unterricht selbst angestellten Versuchen. Bei dem hohen Wert eines guten amtlichen Signalements für den internationalen polizeilichen Verkehr spricht er die Hoffnung aus, daß dies neue Signalement bald in allen Staaten Eingang finden, und ein international vereinbartes Spezialwörterverzeichnis die Aufgaben der Polizei bei Erledigung von Haftbefehlen und Steckbriefen bedeutend erleichtern wird. Schon die Tatsache allein, daß das „Portrait parlé" als polizeiliches Signalement in einigen Staaten eingeführt und angewendet wird, muß uns veranlassen, auch in Deutschland dieser neuer Errungenschaft auf polizeitechnischem Gebiete näher zu treten und seine Grundzüge, die das Auge des künftigen Polizeibeamten schulen und schärfen sollen, jetzt schon in den Polizeischulen zu lehren.

Die Bedeutung des Zubehörs für das Reichsstrafrecht.

Vom II. Staatsanwalt Hümmer in Weiden.

I.

Im hochentwickelten neuzeitlichen Wirtschaftsleben spielt das Zubehör eine hervorragende Rolle. Das Recht hat den durch die ökonomische Zweckbestimmung begründeten Zusammenhang zwischen Haupt- und Hilfssache tunlichst zu fördern. Dieser gesetzespolitischen Anforderung trägt das Bürgerliche Gesetzbuch durch mehrfache Vorschriften, zumal durch die Umschreibung des Zubehörbegriffs in den §§ 97, 98 Rechnung. Demgegenüber enthält das Reichsstrafgesetzbuch allgemeine Bestimmungen über das Zubehör ebensowenig wie für Sachen überhaupt. Begreiflich, denn das Strafrecht schützt die wirtschaftlichen Werte nur mittelbar, indem es den Angriff auf sie mit öffentlicher Strafe ahndet. Nicht auf gesetzentsprechende Schaffung, vielmehr auf unerlaubte Verschiebung, auf Beschädigung und Vernichtung von Vermögensgütern sieht es der Übeltäter ab. Hierfür ist es im allgemeinen gleichgültig, in welcher rechtlichen Beziehung mehrere Sachen zueinander stehen.

Dem Reichsstrafrechte liegt nicht der jeweils geltende Sachbegriff des bürgerlichen Rechts zugrunde. Hierüber waren die gesetzgebenden Faktoren bei Erlassung des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund einig, hauptsächlich in der Erwägung, daß sonst bei der Buntscheckigkeit der damals geltenden Zivilrechte die Vorschriften des StGB. der verschiedensten Auslegung unterworfen gewesen wären. Diese Wirkung wäre dem Streben nach Vereinheitlichung des Strafrechts direkt zuwidergelaufen. Obige Erwägung trifft heute noch zu, wenn auch in begrenzte-

rem Umfange, da das BGB. auf dem Gebiete des Sachenrechts weitgehende Vorbehalte zugunsten des Landesrechts enthält.

Der Sachbegriff des Reichsstrafrechts ist ein öffentlichrechtlicher und selbständiger. „Sache" ist nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens aufzufassen. Wie hiernach Teile unbeweglicher Sachen als selbstständige Sachen in Betracht kommen können, z. B. ein Gebäude (§ 306 Nr. 2 StGB.), ein Alleebaum (§ 304 das.), so legt auf der anderen Seite das Reichsstrafrecht auf die dinglichen Beziehungen mehrerer nach bürgerlichem Rechte selbständiger Sachen kein Gewicht. So nehmen die Begriffsbestimmungen der Entwendungs- und Sachbeschädigungsdelikte keine Rücksicht darauf, ob die entwendete oder beschädigte Sache im Zubehörverhältnisse zu einer anderen, beweglichen oder unbeweglichen Sache steht. Daher kann der Fall eintreten, daß die Entwendung oder Beschädigung des Zubehörstücks schwerer bestraft wird als jene der Hauptsache, etwa letztere als bloße Übertretung des Feldfrevels, erstere als gemeiner Diebstahl, z. B. bei Obstbaum und Baumstütze.[1])

Nur an einer einzigen Stelle gebraucht das RStGB. den Ausdruck „Zubehör": „Wer vorsätzlich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel oder sonstiges Zubehör derselben beschädigt . . . . . . wird . . . . . . bestraft.[2]) Hieraus ist e. contr. zu folgern, daß das RStGB. im übrigen der Zubehöreigenschaft einen maßgebenden Einfluß auf den Deliktstatbestand nicht gestattet. Insbesondere genießt eine Sache nicht um deswillen einen erhöhten Strafschutz, weil sie das Zubehör einer besonders geschützten Sache bildet; so wird die Zerstörung eines beweglichen Zubehörstückes der in § 305 StGB. aufgezählten Gegenstände nicht aus diesem §, sondern lediglich aus § 303 das. bestraft. Das gleiche gilt hinsichtlich der übrigen strafbaren Handlungen, die sich gegen Sachen richten, aber wegen des schärferen Hervortretens eines anderen Gesichtspunktes als jenes der Substanzverletzung unter eigene Deliktsgruppen eingereiht sind, wie in den §§ 90 Nr. 2, 133—137, 168, 265, 267—270, 274, 315—324 StGB. Hier ist in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob das Zubehör jene Eigenschaft oder Zweckbestimmung besitzt, die der Hauptsache den eigenartigen Strafschutz an die Seite stellt. Der Stöpsel einer in einem Museum aufgestellten kostbaren Flasche genießt ebenso wie diese den höheren Strafschutz des § 304 StGB., weil auch der Stöpsel als solcher einen in der öffentlichen Sammlung aufbewahrten Kunstgegenstand darstellt. Der § 323 StGB. findet auch auf denjenigen Anwendung, der ein Schiffsboot vorsätzlich sinken macht und dadurch ein Menschenleben gefährdet, aber nicht aus dem Grunde, weil das Boot ein Zubehör des Schiffes bildet (§ 478 HGB., § 103 BinnSchiffG.), sondern deshalb, weil in § 323 a. a. O. unter „Schiff" jedes Fahrzeug zu verstehen ist. Wer sonstige Zubehörstücke des Schiffes stranden macht und hierdurch be-

[1]) Die früher vielfach, u. a. vom Bayer. Obersten Gerichtshofe in Samml. 4,83 vertretene gegenteilige Auffassung zieht unzulässig zivilrechtliche Gesichtspunkte in die strafrechtliche Betrachtungsweise herein.

[2]) Vgl. Bahnordn. für die Nebeneisenb. Deutschlands v. 5. 7. 1892 § 44 Abs. 7 „Jede Beschädigung der Bahn . . . sowie der Betriebsmittel nebst Zubehör . . . ist verboten." Die Worte „nebst Zubehör" hätten füglich wegbleiben können, da der Kollektivname „Betriebsmittel" auch die Zubehörstücke umfaßt. In § 60 der Betriebsordnung für die Haupteisenb. Deutschl. v. $\frac{5.\ 7.\ 1892}{24.\ 3.\ 1897}$ wird die Beschädigung der „Betriebsmittel" (ohne Zusatz) verboten; zweifellos fallen hierunter auch die Zubehörstücke der Betriebsmittel.

schädigt, kann nicht aus § 323 StGB., sondern nur aus § 303 das. gestraft werden. Ist ein Grundstück nebst Zubehör zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt, so verstößt auch die Beiseiteschaffung der Zubehörsachen gegen § 137 StGB., nicht wegen einer auf das Zubehör sich erstreckenden Strafnorm, sondern weil das Prozeßrecht eine Grundstücksbeschlagnahme auch das Zubehör mitergreifen läßt (§§ 21, 55 ZVG.).

Indes gewinnt der Umstand, daß durch die Partinenzierung die Hilfssache einen höheren oder überhaupt erst einen Verkehrswert erhält, einen Einfluß auf die strafrechtliche Behandlung insoweit, als diese auf den Wert der Sache Rücksicht zu nehmen hat; so bei der Antragsfrage (§ 247 StGB.), bei der Strafzumessung und der Zuständigkeitsabgrenzung (§ 27 Nr. 3—8 GVG.).

II.

Die im Strafurteil auszusprechende Einziehung von Sachen ist grundsätzlich in § 40 StGB. geregelt. Des Zubehörs geschieht hierin keine Erwähnung. Mag man die Einziehung mit der herrschenden Meinung als wirkliche Strafe oder mag man sie als bloße Polizeimaßregel erachten, soviel steht fest, daß es für deren Zulässigkeit keinen Unterschied begründet, ob die Sache Zubehör einer unbeweglichen Sache ist oder nicht. So kann der zum Zuschlagen benützte Schlüssel eingezogen werden, gleichviel ob er Zubehör eines Hauses ist oder ob er diese Eigenschaft bereits verloren hat. Wohl aber ergeben sich Besonderheiten für Pertinenzien beweglicher Sachen. Drei Fälle sind auseinander zu halten:

1. Hauptsache und Zubehör sind producta vel instrumenta sceleris, z. B. es wurde mit dem in der Scheide steckenden Messer zugeschlagen; hier kann Messer und Scheide eingezogen werden, weil beide zur Begehung der Körperverletzung benutzt sind, vorausgesetzt, daß beide dem Täter oder einem Teilnehmer gehören.

2. Bloß das Zubehörstück ist Verbrechens-Erzeugnis oder -Werkzeug. Da besteht die Einziehungsmöglichkeit nur hinsichtlich der Zubehör-, nicht auch bezüglich der Hauptsache, weil die Rechtsschicksale der letzteren nicht durch jene des Zubehörs beeinflußt werden.

3. Der vitiöse Charakter eines productum vel instrumentum sceleris haftet lediglich der Hauptsache an: Der Täter sticht mit dem blanken griffesten Messer zu; die Scheide wird nicht zur Tat selbst benützt. Die Einziehung bewirkt, daß das Eigentum am Konfiskat auf den Staat übergeht. Wie aber bei den auf Parteiwillen beruhenden Rechtsakten die Verfügung über die Hauptsache das Zubehör im Zweifel mitergreift, so kann auch ein ex lege sich vollziehender Eigentumsübergang den dinglichen Zusammenhang beider Sachen nicht ignorieren. Die Einziehung der nicht zur Tat selbst gebrauchten Zubehörsache rechtfertigt sich weiterhin durch die Erwägung, daß sie den Gebrauch der Hauptsache wie überhaupt so speziell zur Verübung des Verbrechens gefördert hat. Daher kann im Falle 3 die Messerscheide sogar dann eingezogen werden, wenn sie der Mißtäter bei Begehung der Handlung gar nicht bei sich geführt hat. Vorausgesetzt ist jedoch, daß auch die Zubehörsache dem Täter oder einem Teilnehmer gehört. Die von Olshausen RStGB. A. 6 zu § 40 und von Oppenhoff RStGB. A. 14a zu § 40 vertretene Anschauung, daß das Zubehörstück schlechthin, also auch wenn es keinem Tatbeteiligten gehört, einziehbar sei, wird dem in den Worten „sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören" hervortretenden Zwecke des

Digitized by Google

§ 40 StGB., nur dem schuldhaft Beteiligten, nicht auch einem unschuldigen Dritten eine Strafe aufzuerlegen, nicht gerecht.[3])

Wenn freilich die Einziehung zugelassen ist ohne Rücksicht darauf, ob die Sache einem Tatbeteiligten gehört oder nicht, wie in den §§ 152, 295, 296a, 360, 367, 369 Abs. 2 StGB. und in zahlreichen Nebengesetzen, so kann auch das fremde Eigentum an der Zubehörsache die Einziehung nicht hindern.

Legt die Strafvorschrift den Nachdruck darauf, daß die Gegenstände vom Täter oder Teilnehmer bei der Tat mit sich geführt wurden, wie die §§ 295, 296a StGB., §§ 134, 135 VereinszollG., § 65 Nr. 1 RViehseuchG., § 3 Abs. 2 KüstenfrachtfahrtG. u. a. m., so kann das Zubehör nicht eingezogen werden, falls bloß die Hauptsache bei Ausführung der Tat benützt wurde, z. B. ein vom Wilderer zu Hause gelassenes Gewehrfutteral.

Dient eine Zubehörsache mehreren Hauptsachen (hierüber vgl. Kohler Lehrb. d. bürg. Rechts I. § 213 V, Staudinger, Kommentar z. BGB. A. 4 zu § 97 und Wimpfheimer im Arch. f. bürg. R. 29, 84 ff.), die verschiedenen Eigentümern gehören und wird eine Hauptsache ein instrumentum sceleris, so ist die Einziehung der Zubehörsache zulässig, selbst wenn der Eigentümer dieser Hauptsache nur Miteigentum an der Zubehörsache hat.

Im Falle der Bestechung ist nach § 335 StGB. das Empfangene oder der Wert desselben für dem Staate verfallen zu erklären. Diese Vorschrift will dem Bestochenen das widerrechtlich Empfangene wieder abnehmen, es kommt also nur darauf an, was er tatsächlich erhalten hat; beispielsweise erstreckt sich die Verfallerklärung nur auf die dem Beamten zur Benützung übergebene Schmucksache, nicht auf deren vom anderen Teile zurückbehaltenes Etui.

Kann auf Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen erkannt werden, so ist bei jeder einzelnen Vorschrift zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Zubehörstücke einbeziehen wollte; so unterliegt nach § 41 StGB. auch das Zubehör der Platten und Formen der Unbrauchbarmachung, desgl. nach § 37 UrhebG. v. 9. 1. 1907; dagegen kann nach § 9 Abs. 2 des RG. v. 16. 7. 1884 über den Feingehalt der Gold- und Silberwaren zwar die Zerstörung dieser Waren, nicht aber ihres Zubehörs (Gehäuse usw.) angeordnet werden.

---

[3]) Die von Oppenhoff angeführte Entsch. d. preuß. Obertrib. v. 3. Juli 1867 (Rechtspr. d. O.-Tr. i. StS. 8, 435) spricht auf grund des dem § 40 RStGB. entsprechenden § 19 preuß. StGB. allerdings aus: „Die wegen Fischereikontravention verhängte Konfiskation eines Fischereinetzes trifft auch die demselben zugeschlagenen Floßhölzer (als Pertinenz)“ Allein diese Entsch. ist im Gebiete des ALR. ergangen und nimmt ausdrücklich auf dasselbe bezug. Hierfür war sie zutreffend, weil nach ALR. I. T. 2 §§ 60, 108 Hauptsache und Pertinenz im Eigentum der nämlichen Person stehen mußten. Heutzutage aber können Hauptsache und Zubehör verschiedenen Eigentümern gehören und für diesen Fall trifft obige Entscheid. nicht mehr zu.

Der strafrechtliche Inhalt des § 182 Absatz 1 des Invalidenversicherungsgesetzes.

Von Landesrat Appelius in Düsseldorf.

Nach § 182 Abs. 1 Invalidenversicherungsgesetz werden Arbeitgeber, welche den von ihnen beschäftigten Personen auf Grund des § 142 Lohnbeträge in Abzug bringen, die abgezogenen Beträge aber nicht zu Zwecken der Versicherung verwenden, mit Kriminalstrafe (Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Haft bestraft, falls nicht nach anderen Gesetzen eine höhere Strafe verwirkt ist.[1])

Bei Auslegung dieser Gesetzesbestimmung sind eine Reihe von, — in der Praxis z. T. schon klar gelegten —, Punkten zu beachten.

Zunächst ist die Anwendung des § 182 Abs. 1, wie vielfach eingewendet wird, nicht deshalb ausgeschlossen, weil bereits eine Bestrafung aus § 176 Invalidenversicherungsgesetzes stattgehabt hat. Denn beide Paragraphen betreffen verschiedene Straftaten, beiden liegen verschiedene Tatbestände zu Grunde.[2]) Nach § 176 ist derjenige Arbeitgeber strafbar, welcher die Marken nicht rechtzeitig, d. h. bei der Lohnzahlung in die Quittungskarte des Versicherten einklebt. Diese Strafe ist eine Ordnungsstrafe und wird vom Vorstand der Landes-Versicherungsanstalt verhängt. Bei § 182 Abs. 1 handelt es sich jedoch nicht um diese Unterlassung, sondern darum, daß bezw. ob der Arbeitgeber die Beiträge zur Invalidenversicherung gemäß § 142 dem Versicherten bei der Lohnzahlung abgehalten hat, ohne dieselben zu Zwecken der Versicherung zu verwenden. M. a. W. Jede nicht bei der Lohnzahlung erfolgte Markenverwendung, d. h. also das Unterlassen derselben, zieht die Straffolgen des § 176 nach sich, ist diese Unterlassung gleichzeitig mit einem Lohnabzug nach § 142 des Gesetzes verbunden, so liegt auch der Tatbestand des § 182 Abs. 1 vor.

Nach § 142 sind die Versicherten verpflichtet, bei den Lohnzahlungen die Hälfte der Beiträge sich einbehalten zu lassen; die Arbeitgeber dürfen nur auf diesem Wege den auf die Versicherten entfallenden Betrag wieder einziehen. Ein Arbeitgeber, der von diesem ihm zustehenden Recht des Lohnabzuges Gebrauch macht,[3]) wobei es keinen Unterschied macht, ob der Arbeitgeber die vollen Lohnbeträge auszahlt und dann das bare Geld wiederum sich nimmt, oder ob er es überhaupt nicht auszahlt,[4]) macht sich nach § 182 Abs. 1 strafbar, wenn er die abgezogenen Beträge zu Zwecken der Versicherung nicht verwendet.

Diese Unterlassung kann eine vorsätzliche oder eine fahrlässige[5]) sein; die Vorsätzlichkeit im Sinne des Abs. 1 des § 182 wird sich mit

[1]) Z. B. nach § 263 StGB., wenn die Feststellung des Tatbestandes des Betruges sich ergiebt. RG.-Strafs. 28. 4. 02. A.N.R.V.-Amt 1902 S. 489.

[2]) Oberlandesgericht Cöln Urteil v. 19. 9. 04 (S. 169/04).

[3]) § 142 u. § 182 finden auch bei denjenigen Arbeitgebern von Hausgewerbetreibenden Anwendung, welche die gesetzlichen Pflichten der Arbeitgeber übernommen haben, resp. denen sie auferlegt worden sind. (Urteil des bayer. oberst. LG. v. 29. 3. 1906. Reger, Bd. 27 S 300.)

[4]) Stenglein, Appelius, Kleinfeller, strafrechtl. Nebengesetze, Anm. 2 zu § 182 J. V. G. S. 1075. RG.-Strafs. v. 22 10. 01 Bd. 34 S 442 u. Bd. 25 S. 194, ferner vom 25. 2. 07 Bd. 40 S. 42.

[5]) Stenglein, Anm. 3 zu § 182 S 1075. Piloti J. V. G. S. 329. Urt. Landgericht Cöln v. 16. Mai 1907.

der im Abs. 2 decken, da die absichtliche Unterlassung der „Verwendung“ wohl stets mit der Absicht verbunden sein wird, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen oder die Versicherungsanstalt oder die Versicherten zu schädigen. Die Straffälle des § 182 Abs. 1 liegen auf dem Gebiet der Fahrlässigkeit.[6])

Es ist in jedem Falle aus den Umständen desselben zu beurteilen, ob die Unterlassung der „Verwendung“ der Beiträge eine schuldhafte, mindestens fahrlässige Nichterfüllung der Pflicht zur Verwendung dieser Beiträge zu Zwecken der Versicherung darstellt. (RGStrafs. v. 17. 9. 07 $\frac{\text{5 D. 415. 07}}{\text{XII. 1889}}$.)

Welche Gesichtspunkte sind maßgebend dafür, daß dem Arbeitgeber auch eine strafbare Fahrlässigkeit nicht zur Last gelegt werden kann? Wie erfüllt er die Gesetzesbestimmung, die „abgezogenen Beiträge zu Zwecken der Versicherung zu verwenden“?

Wie muß diese Verwendung erfolgen?

Die Antwort lautet verschieden bei dem sogen. Entrichtungs- und dem Einzugsverfahren. Unter ersterem versteht man den Normalfall des Gesetzes, daß der Arbeitgeber selbst die Beiträge entrichtet, d. h. die Marken selbst einklebt; unter letzterem den Fall, daß eine Einzugsstelle (Krankenkasse etc.) nach § 148 die Geldbeiträge vom Arbeitgeber in bar einzieht und dann selbst das Markeneinkleben besorgt. Während das „Verwenden der Beiträge zu Zwecken der Versicherung“ bei letzterem Verfahren durch die Einzahlung des Bargeldes seitens des Arbeitgebers bei der Einzugsstelle erfolgt (Rev.-Entsch. 1025 Amtl. Nachr. des Reichs-Versicherungsamts 1903 S. 245 ff.), wird es bei ersterem nach § 141 lediglich dadurch bewirkt, daß der Arbeitgeber Marken in die Quittungskarte einklebt. Erst in diesem formellen Akt liegt die „Verwendung zu Zwecken der Versicherung“; denn das Einkleben ist die wesentliche Voraussetzung der wirksamen Beitragsleistung (Rev.-Entsch. 438. Amtl. Nachr. des Reichs-Vers.-Amts 1895 S. 230, RG.-Strafs. vom 25. 4. 01 Bd. 34 S. 259) und allein geeignet, als Leistung von Beiträgen im Sinne des § 28 Inval.-Vers.-Ges. Ansprüche gegen die Landes-Versicherungsanstalt zu begründen. Daß der Arbeitgeber die Marken auch entwertet, ist zur Erfüllung des Begriffes „Verwendung zu Zwecken der Versicherung“ nicht erforderlich; die Entwertung hat an sich auch zeitlich später als das Einkleben zu erfolgen und dient Kontrollzwecken. Das bloße Bereitlegen loser Marken — oder gar das Entwerten solcher — ist, wie vielfach irrtümlich gemeint wird, nach dem Gesetz keine Entrichtung der Beiträge, keine Verwendung zu Zwecken der Versicherung. Es ist eine vorbereitende Handlung, die die spätere Verwendung erleichtern, sicherstellen soll und sie zum Ziele hat, eine Handlung, die

[6]) Die Motive (S 751) begründen die Bestimmung des § 182:

„Dagegen bedarf es einer dem § 82 b KrVersGes. nachgebildeten Strafbestimmung für den Fall, daß Arbeitgeber von dem Versicherten zwar Beiträge einziehen, diese aber für die Zwecke der Versicherung nicht verwenden.“

„Die Versicherung des § 182 weicht aber von dem § 82 b a. a. O. insofern ab, als das für letztere Strafbestimmung wesentliche subjektive Moment, nämlich die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen oder die Krankenkasse zu schädigen, nur für die im § 182 Abs 2 vorgesehene verschärfte Strafandrohung erforderlich ist. Dagegen ist im Abs. 1 die unterlassene Verwendung der abgezogenen Lohnbeträge zu Zwecken der Versicherung, auch ohne daß jenes subjektive Merkmal vorliegt, unter Strafe gestellt worden . . . . .“

mit den Zwecken der Versicherung im Zusammenhang steht, die aber nicht als die gesetzliche Leistung der Beiträge, die Verwendung der Marken gelten kann. — Ein Verwenden zu Zwecken der Versicherung liegt auch dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber die abgehaltenen Beiträge plus seinem Anteil dem Versicherten in bar behändigt mit dem Bedeuten, er solle die Marken selbst kaufen und einkleben. Das ist auch dann nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Versicherten die Marken selbst lose übergibt und ihm aufträgt, sie sich in seine Karte einzukleben; denn nur, wenn der Versicherte diesen Aufträgen rechtzeitig, d. h. unverzüglich nachkommt, ist die Verwendung nachträglich bewirkt und der an sich vorliegende formelle Mangel als geheilt zu erachten, andernfalls bleibt der Arbeitgeber nach jeder Richtung hin verantwortlich.

Dies greift schon in die zweite Frage über:

Wann muß die Verwendung erfolgen? Rechtzeitig!

Für das Gebiet des Einzugsverfahrens ist der Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit[7]) gegeben durch die bei den Einzugsstellen bestehenden und bekanntgegebenen Einzahlungstermine (vierwöchentlich, oder monatlich, oder vierteljährlich etc.) entweder bei der Kasse ohne Aufforderung, oder nach Übersendung einer Rechnung, oder bei Vorzeigung der Quittung durch den einholenden Kassenboten. Termin und Art der Zahlung sind hier verschieden bei den einzelnen Einzugsstellen, werden aber den Arbeitgebern bekannt gegeben. Zu beachten ist noch, daß nach § 142 Abs. 4 Arbeitgeber, deren Zahlungsunfähigkeit im Zwangsbeitreibungsverfahren[8]) festgestellt ist, verpflichtet sind, die Lohnabzüge zu machen[9]) und den Betrag sofort,[10]) nachdem der Abzug gemacht ist, an die zuständige Einzugsstelle abzuliefern.

Für das Entrichtungsverfahren gilt hinsichtlich der Rechtzeitigkeit folgendes:

Nach § 141 erfolgt die Entrichtung der Beiträge in der Weise, daß der Arbeitgeber bei der Lohnzahlung Marken in die Quittungskarte einklebt. Jedes nicht zu diesem Zeitpunkt erfolgende Einkleben der Marken stellt keine rechtzeitige Verwendung zu Zwecken der Versicherung weder im Sinne des § 176 noch des § 182 Abs. 1 dar, da es nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt ist, die Beiträge zu verwenden wann er will, sondern in dem Zeitpunkt, in dem das Gesetz die Beitragsleistung verlangt, das ist bei der Lohnzahlung,[11]) als welche übrigens nach der Rechtsprechung des Reichs-Versicherungsamts auch die Abschlagszahlung gilt. Es wäre völlig überflüssig gewesen, im § 182 JVG. das Wort „rechtzeitig" vor „verwenden" einzusetzen, da das Gesetz eben nur eine normale Art des Einklebens der Marken, das ist die rechtzeitige im Sinne des § 141, kennt.[12])

---

[7]) Vergl. RG.-Strafs. v. 17. 9. 07 $\left(\frac{5\ D.\ 415.\ 07}{XII.\ 1889}\right)$ und das dazu ergangene Urteil des Landgerichts Elberfeld vom 12. 11. 07. i. S. Becker.

[8]) Vergl. RG.-Strafs. Bd. 25 S 258.

[9]) Unterlassen sie das, so sind sie nach § 181 Ziffer 1 strafbar.

[10]) Vergl. RG.-Strafs. Bd. 29 S. 265.

[11]) RG.-Strafs. v. 13. 2. 02 Bd. 35 S. 121. Stenglein Anm. 4 zu § 182 S. 1075.)

[12]) de lege ferenda empfiehlt es sich wohl, um diese Bestimmungen vor m. Er. unrichtiger Auslegung (g. a. M. ist z. B. Urteil Oberlandesgericht Düsseldorf v. 9. 11. 07) zu schützen, daß entweder das Wort „rechtzeitig" vor „verwendet" hinzugesetzt oder

Nun ist die häufigste Entschuldigung, welche der Arbeitgeber macht, die, daß er die Marken deshalb bei der Lohnzahlung nicht habe einkleben können, weil der Versicherte ihm keine Karte vorgelegt oder überhaupt nicht im Besitze einer Karte gewesen sei oder den Umtausch der vollen Karte verabsäumt habe. Es fragt sich, inwieweit derartige Einwendungen beachtenswert und geeignet sind, auch eine strafbare Fahrlässigkeit des Arbeitgebers auszuschließen. Nach § 131 ist der Versicherte verpflichtet, sich eine Quittungskarte ausstellen zu lassen und behufs Einklebens der Marken sie bei der Lohnzahlung (§ 141) dem Arbeitgeber vorzulegen. Er kann hierzu von der Ortspolizeibehörde durch Geldstrafen bis zu 10 Mark angehalten werden. Ist der Versicherte mit einer Quittungskarte nicht versehen (d. h. überhaupt nicht oder nicht mit einer solchen, in welche noch Marken eingeklebt werden können), so ist der Arbeitgeber berechtigt, für Rechnung des Versicherten eine solche anzuschaffen und den verauslagten Betrag bei der nächsten Lohnzahlung einzubehalten. Man hat aus dieser Bestimmung geschlossen, daß der Arbeitgeber nur das Recht habe, nicht aber die Pflicht, eine Quittungskarte für den Versicherten zu beschaffen, und es bestände regelmäßig für niemand die Pflicht, das ihm zustehende Recht auszuüben. Dieser Deduktion einiger Strafrichter muß entschieden entgegengetreten werden. Das Gesetz stellt im § 141 ohne Einschränkung die Pflicht des Arbeitgebers auf, die Marken rechtzeitig, d. h. bei der Lohnzahlung, einzukleben. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung bedarf der Arbeitgeber unbedingt der Karte. Für den Fall, daß der Versicherte, der gesetzliche Inhaber der Karte, eine solche ihm aus irgend welchen Gründen nicht vorlegt, mußte das Gesetz dem Arbeitgeber ausdrücklich das Recht beilegen, selbst die Ausstellung der Karte von der Polizeibehörde verlangen zu können, welche ihm ohne diese gesetzliche Bestimmung die Ausstellung mit Recht verweigern würde. Die Ausstattung des Arbeitgebers mit der Berechtigung des § 131 ist die notwendige Folge der Auferlegung der Pflicht im § 141. Es handelt sich im § 131 nicht um die Statuierung eines selbständigen, im Belieben des Arbeitgebers stehenden Rechtes, sondern um die zur Erfüllung einer Pflicht notwendig gewordene Verleihung einer Befugnis. Würde man annehmen, es stände im Belieben des Arbeitgebers, sich eine Karte für den säumigen Versicherten ausstellen zu lassen, so ist damit die ganze Beitragsleistung in das Belieben des Arbeitgebers gestellt und die Absicht des Gesetzes, unter allen Umständen die Entrichtung der Beiträge für die Versicherten sicher zu stellen, wäre vereitelt; die Strafbefugnis des § 176 und besonders die des § 182 Abs. 1 würde für solche Fälle in der Luft schweben. Die Bedeutung des § 131 in Verbindung mit § 141 ist nur die, daß der Arbeitgeber von der ihm im § 131 verliehenen Befugnis im gegebenen Falle, d. h. wenn der Versicherte

---

diesem Worte das Allegat „§§ 141, 148“ zugefügt werde Wenn man grundsätzlich — wie a. a. O. — eine „Verspätung“ im Abführen der Beiträge oder im Einkleben derselben zulassen will, ohne anzunehmen, daß der Arbeitgeber sich strafbar macht, so muß man sich doch fragen, wo nun die Grenze dafür sein soll. Wenn man meint, es käme nur darauf an, daß die Beiträge überhaupt verwendet werden, dann muß man auch, wenn der Arbeitgeber kurz vor der Hauptverhandlung noch Beiträge abführt oder Marken einklebt, ihn für straffrei halten. Damit wäre dem Gesetze Gewalt angetan, die Ziehung einer weiteren als nach dem Gedanken des Gesetzes gewollten Grenze ist willkürlich.

ihm keine Karte vorlegt, Gebrauch machen muß,[13]) um seiner Pflicht aus § 141 zur rechtzeitigen Verwendung der Beiträge zu Zwecken der Versicherung nachkommen zu können. Dieser Grundsatz wird auch von den Verwaltungsbehörden bei Beurteilung der Ordnungsstrafen des § 176 in der Straffeststellungs- und in der Beschwerdeinstanz in diesem Sinne gehandhabt und muß für § 182 Abs. 1 ebenfalls Platz greifen. Die obige „Entschuldigung" des Arbeitgebers, der die Beiträge abgehalten und von der Befugnis des § 131 keinen Gebrauch gemacht hat, ist also nicht geeignet, ihn von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit im Sinne des § 182 Abs. 1 zu entlasten.

Hat der Arbeitgeber aber von seiner Befugnis Gebrauch gemacht, so unterliegt es bei Feststellung des Tatbestandes aus § 182 Abs. 1 auch der strafrechtlichen Beurteilung, wie er von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat. Hier muß als Grundsatz gelten, daß der Arbeitgeber, sowie sich bei der Lohnzahlung das Fehlen der Karte ergibt und der Versicherte sie nicht binnen einer Frist herbeischafft, unverzüglich die Ausstellung einer neuen Karte bei der Polizei nachsuchen muß. Tut er das — wie vielfach vorgekommen — erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses, während er bei jeder Lohnzahlung die Beiträge einbehalten und Marken nicht geklebt hat, so macht ihn diese Art der Ausübung seiner Befugnis nicht mehr straffrei. Es ist also in jedem Einzelfalle Tatfrage und Sache der — richterlichen — Würdigung, ob der Arbeitgeber in einer Weise von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat, daß ihm unter Beachtung der vorstehend dargelegten Grundsätze der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht mehr gemacht werden kann und er daher straffrei bleiben muß. — Der Einwand eines Arbeitgebers, er habe den Versicherten wiederholt aufgefordert, sich eine Karte ausstellen zu lassen, entlastet ihn natürlich nicht, dagegen kann eine seitens der Polizeibehörde entstandene Verzögerung in der — rechtzeitig vom Arbeitgeber schriftlich oder mündlich beantragten — Ausstellung der Quittungskarte ihm nicht zur Last gelegt werden. — Die häufig vorgeschützte Unkenntnis der diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen schützt natürlich den Arbeitgeber nicht. Fragt der Arbeitgeber — wie üblich — schon bei Antritt des Arbeits- und Dienstverhältnisses nach der Karte und erfährt, daß der Versicherte ihm eine solche nicht vorlegen kann oder nur eine

---

[13]) So auch Kommentare zum IVG. von Isenbart-Spielhagen, 2. Aufl. S. 780, Gebhardt Düttmann S. 597. Ferner Urteil des Kammergerichts vom 4. Dezember 1903 („Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts von B. Mugdan und R. Falkmann Bd. 8 Nr. 11 S. 77.) Endlich sagt das bayr. Oberste Landesgericht in seinem Urteil vom 29. März 1906. (Reger.-Entsch. Bd. 27 S. 300; Wenglers Archiv für Arbeiterversicherung 1907 Bd. 1, Heft 10, S. 465.)

„§ 182 Abs. 1 erfordert zu seinem subjektiven Tatbestande nicht rechtswidrige Absichten; doch muß ein Verschulden vorliegen. Ein solches ist, wie die Vorinstanz richtig dargelegt hat, hier gegeben; denn der Angeklagte war befugt, wenn der von ihm beschäftigte Hausgewerbetreibende auf seine Aufforderung die Quittungskarte zum Einkleben der Marken bei der Lohnzahlung nicht vorlegte, auf Grund des § 131 JVG. für Rechnung des Versicherten eine Quittungskarte anzuschaffen und den verausgabten Betrag bei der nächsten Lohnzahlung einzubehalten. Von dieser Befugnis hat er aber, obwohl er dazu imstande war, keinen Gebrauch gemacht."

Da die Absicht des Gesetzes unzweifelhaft in diesem Sinne auszulegen ist, empfiehlt es sich auch hier de lege ferenda, um die Bestimmung allen Zweifeln zu entziehen, im § 131 hinter „berechtigt" einzuschieben: „und zur Erfüllung der ihm nach § 141 obliegenden Pflichten verpflichtet."

Digitized by Google

Karte hat, in die er Marken nicht mehr einkleben kann, so muß er seinerseits dafür sorgen, daß in dem kritischen Moment der Lohnzahlung ihm eine solche oder eine neue vorliegt; die Schritte, die er tun kann, können sich zunächst darauf beschränken, daß er dem Versicherten aufgibt, sich sofort eine Karte oder eine neue ausstellen zu lassen, tut der Versicherte das richt, so muß er sich selbst an die Behörde wenden. — Liegt der Fall so, daß der Versicherte den Dienst verläßt, ohne dem Arbeitgeber die Karte zum Einkleben für die der Lohnzahlung am Entlassungstage entsprechenden Marken vorgelegt zu haben, und der Arbeitgeber schickt diese Marken nunmehr unter Mitteilung des Tatbestandes der Polizeibehörde „zur weiteren Veranlassung" ein, so liegt hierin ein Ersuchen um Ausstellung der Quittungskarte, in welche die Polizeibehörde die eingeschickten Marken verwenden und welche sie dann dem Versicherten nachschicken möge. Bei dieser Sachlage kann dem Arbeitgeber eine strafbare Fahrlässigkeit nicht zur Last gelegt werden; die Übergabe der Marken muß natürlich in solchen Fällen „alsbald" und aus freien Stücken erfolgen, nicht etwa erst — wie in der Praxis ebenfalls vorgekommen — auf Erfordern der Polizei infolge einer Anzeige der Sache, denn dann kann von Übergabe resp. Hinterlegung der Marken nicht mehr die Rede sein, sondern es handelt sich dann schon um die behördliche Einziehung derselben.

Ein fahrlässiges Unterlassen seitens des Arbeitgebers liegt aber in folgenden Fällen vor. Der Arbeitgeber führt zu seiner Entschuldigung oft an, daß er sich um die Beitragsleistung nicht kümmere, er habe das seiner Ehefrau oder seinem Geschäftsführer oder Betriebsleiter übertragen, e r wisse von dem Abhalten der Beiträge und dem Nichtverwenden der Marken nichts.

Nach § 177 kann allerdings der Arbeitgeber die Verwendung der Marken auf bevollmächtigte Betriebsleiter übertragen; sobald er dies dem Vorstande der Landes-Versicherungsanstalt resp. der Einzugsstelle anzeigt, wälzt der Arbeitgeber damit unter diesen Voraussetzungen seine Haftbarkeit aber nur hinsichtlich der Ordnungsstrafe des § 176 auf den Bevollmächtigten ab — wie § 177 ausdrücklich bestimmt — nicht aber hinsichtlich des § 182. Der bevollmächtigte Betriebsleiter — ebenso die beauftragte Ehefrau — sind strafrechtlich nicht in Betracht kommende Mittelspersonen zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherten. Der erstere kann sich der ihm gesetzlich obliegenden Pflichten zur rechtzeitigen Verwendung der abgehaltenen Beiträge zu Zwecken der Versicherung nicht dadurch entziehen und die eventuelle Strafbarkeit dadurch nicht von sich abwälzen, daß er diese Pflichten auf den Betriebsleiter, seine Ehefrau oder einen sonstigen Dritten überträgt und sich selbst nicht darum kümmert, ob die Beitragsleistung tatsächlich erfolgt ist. Kontrolliert er seinen Beauftragten bei Wahrnehmung der ihm selbst obliegenden Pflichten nicht, so bleibt e r — der Arbeitgeber — strafrechtlich verantwortlich und kann sich mit Nichtwissen usw. nicht entschuldigen. Der Beauftragte kann für sein Handeln aus § 182 als Täter nicht verantwortlich gemacht werden, sondern lediglich der Arbeitgeber. (Vergl. dazu auch Stenglein Anm. 1 zu § 182 S. 1074 ff. R. G. Strafs. vom 10. 12. 01. Bd. 35 S. 20 ff.; Jsenbart-Spielhagen J. V. G. S. 977; Gebhardt-Düttmann S. 780.)

Den Arbeitgebern gleich hinsichtlich der Strafbarkeit stehen lediglich die im § 183 aufgeführten gesetzlichen Vertreter handlungsunfähiger

Arbeitgeber, Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, Innungen etc.

Die Beurteilung der Schuldfrage an sich bleibt die gleiche, ob es sich nun um wenige Beiträge, die abgehalten sind, oder um viele oder um solche handelt, welche nach § 146 JVG. rechtsgültig nicht mehr beigebracht werden können oder wegen eingetretenen Konkurses oder sonstiger Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr beigebracht werden. Daß in letzteren Fällen die Abmessung der Strafe eine andere — härtere — sein wird, ist selbstredend.

Unverbesserliche Verbrecher und ihre Behandlung.

Von S. Oba aus Japan.*)

§ 1. Vorbemerkung.

I. Einleitung im allgemeinen.

Die Kriminalität in den heutigen Kulturländern ist nach der Kriminalstatistik sehr hoch.[1] Unter dieser großen Kriminalität ragt die Ziffer der Vorbestraften besonders hervor.[2] Es ist bekannt, daß eine Reihe von Sträflingen völlig ungebessert das Gefängnis verläßt. Der vierte internationale Gefängniskongreß zu St. Petersburg hat ausgesprochen, daß es viele Individuen gebe, gegen welche die Strafgesetze machtlos sind.[3] Auch hat die erste Versammlung der Internationalen kriminalistischen Vereinigung einstimmig angenommen, daß das gegenwärtig in Ansehung der Rückfälligen herrschende System mangelhaft und völlig ungenügend zur wirklichen Bekämpfung des Rückfalles ist.[4] Kürzlich auch hat der 28. deutsche Juristentag zu Kiel (9.—13. IX. 1906) konstatiert, daß die im Reichsstrafgesetz vorgesehene Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum ungenügend ist. Daher darf man sagen: Nur in dem einen Punkte stimmen alle überein, daß

*) Ich gebe hiermit die Darstellung eines Japaners, die auch an dem Punkte, wo sie Bekanntes wiedergibt, durch die Beleuchtungen der Sache von seiten eines Ostasiaten interessant und belehrend ist. Kohler.

[1]) Daß die Kriminalität in den heutigen Kulturländern sehr hoch ist, ist allgemein so bekannt, daß man es fast nicht nachzuweisen braucht. Der wissenschaftlichen Genauigkeit wegen will ich indessen eine Aufstellung der Kriminalstatistik des Deutschen Reiches in den letzten 20 Jahren, nach dem statistischen Jahrbuch für das Deutsche Reich, Jahrgang VI—XXVI am Ende dieser Arbeit anhängen. Aus dieser Aufstellung läßt sich ersehen, wie hoch die Kriminalität, insbesondere der Prozentsatz des Diebstahls im Verhältnis zu der Bevölkerung ist, und wie der Prozentsatz des Rückfalls, insbesondere des rückfälligen Diebstahls mehr und mehr steigt. Ferner vgl. den kriminalistischen Plan von Österreich in § 6. Wenn man aber bloß nach der Kriminalstatistik urteilen will, wie hoch der Prozentsatz der Kriminalität ist, so ist dies ein großer Irrtum, da die Kriminalstatistik uns niemals die ganze Gesamtsumme der wirklichen Kriminalität zu zeigen vermag, sondern nur einen ganz kleinen Teil des Ganzen. Eine weitere Erläuterung hierfür siehe unten § 4. II. 2.

[2]) Daß der Prozentsatz des Rückfalls sehr hoch ist, wird von niemand bezweifelt. Vgl. den Plan am Ende dieser Abhandlung. Ferner vgl. Zucker, Über Kriminalität, Rückfall und Strafgrund; Leipzig u. Wien 1907, S. 7 ff.

[3]) Vgl. Actes du congress pénitentiaire international de St. Petersbourg. St. Petersbourg 1892.

[4]) Vgl. Mitteilung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung I. Jahrgang, S. 199.

Digitized by Google

im Kampfe des Gesetzes mit den Verbrechern der Sieg auf Seite der letzteren geblieben ist. Die Notwendigkeit einer Reform der heutigen Strafgesetze kann demnach von keiner Seite bestritten werden. Von allen Reformfragen des Strafrechts ist die wichtigste Frage die der Behandlung der rückfälligen, gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher, da die Hauptursache der Reformbewegung insbesondere darin liegt, daß die gegenwärtigen Strafrechte keine genügende Wirkung haben, rückfällige, gewohnheits- und gewerbsmäßige Verbrecher zu bekämpfen. Die Lösung dieser Frage kann man also mit Recht als den Zielpunkt der Strafrechtsreform bezeichnen. Eine Strafrechtsreform, welche diese Frage nicht löst, hat keinen Zweck. Das Strafrecht bliebe immer noch gegen eine Menge von Sträflingen machtlos. Es ist daher immer noch nicht imstande, die rückfälligen, gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher zu bekämpfen. Die Strafrechtspflege würde insoweit, als es sich um solche Sträflinge handelt, eine überflüssige Verschwendung der staatlichen Energie, eine vergebliche Aufgabe sein.[5])

Diese Frage ist nicht nur die allerwichtigste in der gegenwärtigen Strafrechtspflege, sondern auch die schwierigste. Sie ist international, da ihre Lösung für alle Kulturländer gleich notwendig ist, und da die Wissenschaft keine Landesgrenze anerkennt.

Diese Frage ist außerordentlich umfangreich. Sie ist vielfach bestritten, nicht nur in der Grundtheorie, welche über die Behandlung der sogenannten Unverbesserlichen anzuwenden ist, sondern auch in den einzelnen Mitteln der Behandlung.

Seit mehreren Jahrzehnten haben die Männer der Wissenschaft und Praxis in allen Kulturländern der Erde der Lösung dieser Frage ihre Kraft gewidmet. Eine Anzahl von verschiedensten Ansichten sind darüber im Laufe der Zeit aufgestellt worden. Doch wurde diese Frage noch von keinem einwandfrei gelöst.

Es ist sehr interessant, den Stand der Frage in der Gesetzgebung und der Wissenschaft darzustellen und eine Kritik der bisherigen Versuche einer Lösung der Frage aufzustellen. Aber es ist unmöglich, bei beschränktem Raume eingehender dieses auszuführen. Es dürfte sich empfehlen, hier lediglich meine eigene Ansicht kurz zu geben.

II. Einleitung zu meiner eigenen Ansicht.

Die These: „eine wirksame Bekämpfung des Verbrechens ist nur dann möglich, wenn man es in seinen Wurzeln und Ursachen bekämpft“, welche von v. Liszt aufgestellt ist und als Grundlage der Lösung der obengenannten Frage von niemandem geleugnet werden darf, ist von allen als die maßgeblichste zu bezeichnen. Überzeugt von der unumstürzlichen Richtigkeit dieser These will ich nun versuchen, der Lösung dieser Frage näher zu treten, soweit dies durch die Reformierung des Strafrechts, Strafprozeßrechts, Gefängniswesens, Arbeitshauses u. dergl. möglich ist.

---

[5]) Vgl. Mittelstädt, Die Unverbesserlichen, Jahrbücher für Kriminalpolitik und innere Mission, I. Bd. S. 35: Der gesunde Menschenverstand des Volkes und die vernünftige Sozialpolitik vermag sich bei so dürren Fiktionen nicht zu beruhigen; sie fragt deshalb wieder zurück, ob denn der Gesellschaft in Wahrheit noch nicht andere Mittel zu Gebote stehen, um ihren Frieden dauernd gegen Bestien und Raubtiere in der Menschengesellschaft zu schützen, als kriminalistische Formeln.

Digitized by Google

In jedem praktischen Fache, welches mit der Naturwissenschaft im Zusammenhange steht, z. B. Heilkunde, Industrie, Landwirtschaft usw., kann man einen Erfolg erst dann erwarten, wenn man die Naturkraft eines jeden Dinges in wissenschaftlicher Weise anzuwenden sucht. Die Strafrechtspflege und Kriminalpolitik ist ein praktisches Fach, welches das Verbrechen zu bekämpfen versucht. Auch in diesem Fache kann man erst dann seinen Zweck erreichen, wenn es das der Menschennatur angepaßte Wesen hat.

Das Verbrechen ist erst dann denkbar, wenn man sich eine Menschengesellschaft vorstellt. Das Verbrechen ist nichts anderes, als ein Verhältnis des Menschen zu Menschen. Es wird von Menschen begangen und von Menschen bekämpft. Eine zielbewußte Bekämpfung des Verbrechens durch die Strafe ist unmöglich ohne die wissenschaftliche Erforschung der Menschennatur.

Auf Grund dieser Anschauung nehme ich Stellung zu den Grundfragen des Strafrechts, und stehe auf dem Standpunkte der klassischen Schule. Ich bin überzeugt, daß nur ein solches Strafrecht, welches auf der Grundlage der Vergeltungs- und Gerechtigkeitsidee beruht, die praktische Wirkung der General- und Spezialprävention überhaupt hat.[6]) Denn der Vergeltungstrieb, welcher seinen tiefsten Grund in der Naturanlage des Menschen hat, hält nur eine Vergeltungsstrafe für gerecht.[7]) Die gerechte Vergeltungsidee ist meines Erachtens nichts anderes als die Gerechtigkeitsidee. Meine Überzeugung werde ich einmal durch das Ergebnis der Vergleichung der japanischen und indogermanischen Strafrechtsgeschichte, bezüglich des Begriffs der Strafe, und dann durch die Betrachtung praktischer menschlicher Handlungen erklären. Von dieser Überzeugung aus entwickle ich im folgenden meine eigene Ansicht über die Grundfragen des Strafrechts. Sodann werde ich meinen Versuch zur Lösung der Frage über die Behandlung der sogen. unverbesserlichen Verbrecher erörtern.

Meine Annahme der Vergeltungstheorie jedoch schließt eine gewisse sichernde Maßnahme, durch deren Durchführung das Ziel fast aller Vorschläge der soziologischen Schule über die Behandlung der sogen. Unverbesserlichen erreicht werden kann, nicht aus. Da ich überzeugt bin, daß eine gewisse sichernde Maßnahme zur Verhütung der wieder-

---

[6]) Vgl. Birkmeyer, Reform der deutschen Strafgesetzgebung in Goltd. Arch. für Strafrecht Bd. 48, 1901, S. 73: „es steht fest, daß jede Strafe von vornherein unwirksam bleiben müsse, welche von den Volksgenossen nicht als gerechte Reaktion gegen das Verbrechen empfunden würde.“ Wach, Reform der Freiheitsstrafe, S. 56. Und darüber sind alle Praktiker einig: Die erste und wichtigste Bedingung der Heilsamkeit aller Strafe ist, daß sie als gerecht empfunden werde. — Schmidt, Die Aufgabe der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 284: Nur derjenige Willenszwang gegen den Verbrecher, der mit den Erwartungen der Bürger sich in Einklang setzt, zieht den Effekt der Achtungs- und Sympathieerwartung nach sich. — Lammasch, Kriminalpolitische Studien im G. S. Bd. 44 S. 151: Niemals dürfen wir vergessen, daß nur jene Strafe ihren Zweck erreichen kann, welche den sittlichen Werturteilen des Volkes entspricht und eben deshalb gerecht genannt wird.

[7]) Vgl. Stooss, Z. f. Schweiz. Strafr. VII, 1894, S. 269: In der menschlichen Natur ist das Gefühl tief eingewurzelt, daß das Gute belohnt, das Schlechte aber bestraft werden müsse. — Birkmeyer, im Arch. f. Strafrecht, Bd. 48, S. 73. Diese unausrottbare Überzeugung aber, daß dem Verbrecher vergolten werden müsse, und daß nur die Vergeltungsstrafe gerecht sei, hat ihren tiefsten Grund in der Naturanlage des Menschen selbst.

holten Begehung von Verbrechen durch Vorbestrafte nicht nur notwendig für den Schutz der allgemeinen Interessen der Gesellschaft, sondern auch diese sichernde Maßnahme von juristischer Logik und gerechter Humanität unterstützt und gerechtfertigt werden kann. Von dieser Überzeugung ausgehend, schlage ich eine verwaltungsrechtliche Behandlung von Vorbestraften, die Einrichtung einer neuen Verwahrungsanstalt vor, die ich außer der Strafanstalt vor allem für eine dringende Notwendigkeit halte.

§ 2.

Das Ergebnis der Entwicklungsgeschichte der Strafe rechtfertigt es, daß die Vergeltungsstrafe der Menschennatur entspricht.

I. Die Entwicklungsgeschichte des Begriffs der Strafe im allgemeinen.

Es spiegelt sich, wie v. Jhering sagt, die Seele eines Volkes am deutlichsten in dem Begriff der Strafe. Die Geschichte der Strafe wird uns daher die allgemeine Menschennatur, welche man allezeit und überall durch den Begriff der Strafe gezeigt hat, lehren. Da die Strafe dem Rechtsbewußtsein des Volkes und auch dem Rechtsgefühl des Verbrechers selbst genau entsprechen muß, so wird die Entwicklungsgeschichte des Begriffes der Strafe die Richtung zu zeigen vermögen, welche ein vorsichtiger Gesetzgeber unbedingt einschlagen muß.

Daß der erste Ursprung der indogermanischen Strafe die Blutrache ist, wird von keiner Seite bestritten.[8]) Die Blutrache ist eine universelle Erscheinung, welche man nicht nur in der Vorzeit Europas finden kann, sondern auch bei den Australnegern, Urbewohnern der Philippinen, Malaien, Eskimos usw. findet.[9]) Die Strafe wurzelt daher in dem als Rachetrieb sich äußernden Selbsterhaltungstrieb und Gefühl des Sühnebedürfnisses. Die Rache aber ist die primitivste Form der Vergeltung, die Vergeltung in der Hand des Verletzten bezw. seiner Sippe. Innerhalb der Sippe und Familie findet man eine ursprüngliche Strafe;[10]) insbesondere die Friedlosigkeit, welche in der Vergeltung ihren Grund hat.[11]) Die Rache und Friedlosigkeit ist zur heutigen Strafe geworden.

Die Strafe verändert sich mannigfaltig nach der Verschiedenheit der jeweiligen Entwicklungsstufe des Staates, aber sie ist ihrem innersten Wesen nach immer Vergeltung geblieben. Dies äußert sich in ihrer Entwicklungsgeschichte in verschiedener Gestalt. Insbesondere ist die Vergeltungsidee am deutlichsten durch die Talion im mosaischen Recht,[12]) durch die erlaubte Privat- und Blutrache im älteren germanischen Rechte,[13]) und durch die vom Staate gebilligte Form der Blutrache im deutschen Rechte des Mittelalters[14]) zum Ausdruck gelangt. Daß alle

[8]) v. Liszt erklärt vielmehr die Blutrache als die ursprüngliche Art der Strafe selbst. Vgl. derselbe, Lehrbuch, 15. Aufl., S. 4. Kohler bezeichnet sie aber als eine unreine und unvollkommene Emanation der Strafidee und nicht als Strafe selbst. Vgl. derselbe, Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888, S. 14.

[9]) Vgl. Steinmetz, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe. Leyden und Leipzig, 1894. Bd. I und II.

[10]) Vgl. ebenda Bd. II, S. 153—165.

[11]) Vgl. v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl. 1901, S. 145.

[12]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie der Strafrechts-Abteilung, I, Erlangen 1889, S. 43 ff.

[13]) Vgl. ebenda S. 163 ff.

[14]) Vgl. ebenda S. 202 ff.

Digitized by Google

Rechte der Kulturvölker des Altertums, d. h. der Ägypter, Inder, Islamiten, Griechen und Römer auf der Vergeltungsidee beruhen, und daß das deutsche Recht von Anfang an bis heutzutage durchaus auf der Vergeltungsidee beruht, ist von Günther nachgewiesen.[15])

Mit der höheren Entwicklung des Staates und der allgemeinen Kultur wurde die Vergeltungsstrafe von der Idee der Gerechtigkeit ergriffen. Die Strafe, welche einmal das Postulat des Selbsterhaltungstriebes und des Gefühls des Sühnebedürfnisses des einzelnen Individuums war, wurde jetzt zum Postulat der allgemeinen Gerechtigkeitsidee des Volkes. Dadurch, daß die Strafe die der Schuld proportionale gerechte Vergeltung ist, schützt sie die Gerechtigkeitsidee des Volkes und die Rechtsordnung des Staates. Dadurch, daß die Schwere der Strafe nach der Schwere der Verletzung des Rechtsgutes und nach der Schwere der Schuld abgestuft wird und daß die Strafe von unparteiischen und ruhig prüfenden Richtern ausgesprochen wird, sichert sie die individuelle Freiheit gegen die staatliche Allgewalt.[16]) Damit ist die Strafe in ihre heutige Entwicklungsstufe getreten.[17])

II. Geschichte der Entwicklung des Begriffs der Strafe in Japan.

Da das japanische Strafrecht eine ganz andere geschichtliche Entwicklung hat, als das indogermanische, und da sie noch nicht überall bekannt ist, dürfte es sehr empfehlenswert sein, die Entwicklungsgeschichte der Strafe in Japan etwas eingehender darzustellen. Da aber der mir in dieser Zeitschrift zur Verfügung stehende Raum sehr beschränkt ist, ist es daher nur möglich, hier einen kurzen Überblick in diesem Punkte zu geben.

1. Das Volk Japans ist von seinem Anfang an eine große Stammverwandtschaft; dieses Volk begründete in der Urzeit den Staat Japan. Er wurde von der Urzeit an bis jetzt immer ununterbrochen von Monarchen, welche von dem ersten und einzigen Stammhause aller Familien Japans direkt abstammen, regiert. Darum war der Kaiser einerseits stets das Oberhaupt aller Familien des ganzen Landes und gleichzeitig der Oberherr des Staates. Im Laufe mehrerer tausend Jahre gab es in Japan verschiedene große und kleine Verwirrungen und Revolutionen. Ab und zu kamen auch große und kleine Umgestaltungen und Reformen vor. Doch wurde dadurch die Oberherrschaft des Kaisers weder jemals geändert, noch irgendwie in Frage gestellt; insbesondere die Einrichtung, daß die Gerichtsbarkeit gegenüber der ganzen Bevölkerung durch das direkte oder indirekte Organ des Kaisers ausgeübt wird. Infolgedessen hat in Japan die Strafe immer als staatliche Strafe gegolten und wurde sie immer direkt oder indirekt vom Staate ausgesprochen und vollzogen.

[15]) Vgl. noch dasselbe Werk, Abteilung II, Erlangen, 1891, Abt. III, 1. Hälfte. Erlangen 1895.

[16]) v. Liszt sagt auch: Die Schwere der von Staatswegen verhängten Strafe wird nach der Schwere der Rechtsverletzung abgestuft; der kirchlich religiose Gedanke der Talion gibt dem Rachetrieb Maß und Ziel. Die Strafe ist mit ihrer Objektivierung als staatliche Strafe in ihre dritte und letzte Entwicklungsstufe getreten. S. v. Liszt, Lehrbuch, 15. Aufl. 1905, S. 5.

[17]) Vgl. Birkmeyer, Goldt. Arch. Bd. 48; 1901, S. 68: Unser Reichsstrafgesetzbuch ist, wie die europäischen Strafgesetze bis in die neueste Zeit herein überhaupt aufgebaut auf der Idee der gerechten Vergeltung: dem Verbrecher soll für das Übel, das er getan, vergolten werden durch ein Übel, das dem begangenen Verbrechen entspricht.

Es weist daher in Japan keine Spur darauf hin, daß die Blutrache als ursprüngliche Form der Strafe jemals eine große Rolle gespielt hat.[18]) Aus dem Japan eigenen Staatssystem stammt eine Anzahl der moralischen Normen, welche die Nationalmoral von Japan bilden. Die staatliche Strafe dient zur Verwirklichung der Nationalmoral.

2. Seit Japan mit Korea und China in Verkehr trat, insbesondere seit im Jahre 285 n. Chr. Prinz Uhino-Wakairatsuko von Japan Lun-yü (ein Buch über die Sittenlehre von Confucius) unter Leitung des koreanischen Gelehrten Wani studiert hat.[19]) adoptierte es ziemlich viel von ihrer Kultur, insbesondere von der alten chinesischen Sittenlehre und den dortigen Gesetzgebungen. Durch die Adoptierung dieser beiden ist das sittliche Bewußtsein und gleichzeitig das Rechtsbewußtsein des Volkes vielfach beeinflußt worden. Die Beeinflussung dieser beiden hat die Nationalmoral nicht nur verändert, sondern auch vielmehr gehoben und entwickelt.

Der Ursprung der Sittenlehre ist sehr alt. Soweit es für unser Thema in Betracht kommt, können wir bis in die Zeit des Kaisers Shun von China (um 2000 v. Chr.) hinaufgehen. In den Aufzeichnungen des Kaisers Shun und in den Beratungen des Kaisers Yu finden wir verschiedene Bestimmungen des Strafrechts. Dieses Strafrecht deckt sich völlig mit der Moral, wie es die Worte des Kaisers Shun und seines Ministers Koyo, welcher dem Auftrage des Kaisers gemäß das Strafgesetz verfaßt und eingeführt hat,[20]) am deutlichsten erkennen lassen. Der Kaiser[21]) hat ihm gesagt, daß man durch die wirksame Androhung und Vollziehung von fünf Strafen (Todesstrafe usw.) zur Erfüllung der Forderungen der fünf Tugenden (die Moral zwischen den Eltern und Kindern, den Herrn und Angehörigen, dem Gatten und der Gattin, den Geschwistern untereinander und den Freunden untereinander) beitragen soll.[22]) Diesem Worte hat er folgendes Wort hinzugefügt: „Die Strafe soll als Zweck ins Auge gefaßt werden, daß niemand ein Verbrechen begeht, demnach niemand bestraft wird.“

Sein Minister Koyo[23]) sagte auch: Der Himmel befehle uns, wir seien tugendhaft. Man müsse den fünf Tugenden des Himmels gehorchen Er bestrafe den Ungehorsamen. Man müsse die fünf Strafen seinem Willen nach verwirklichen.

Da der Kaiser Shun als der Tugendhafte und Weise und der Minister Koyo als der Weise und als erster Vorfahr der Gerichtsherren in der ganzen chinesischen Geschichte überall anerkannt wurden, sind alle Worte der beiden Weisen von den Weisen, Sittenlehrern und Politikern der späteren Zeit hoch angesehen worden, und haben als die maßgebenden Maximen für die Sittenlehre und die Strafrechtspflege der späteren Zeit gegolten. Die Strafe dient nach Shun und Koyo als ein Mittel zur Verwirklichung des Gebotes der Moral, über dessen Übertreter die Strafe verhängt wird. Dem Gebote der Moral tritt die Strafe ergänzend und sichernd hinzu. Die Strafe hat daher eine sekundäre und sanktionierende

---

[18]) Vgl. Okada, Lehrbuch des japanischen Strafrechts, 1894, S. 72—73.
[19]) Vgl. Shigeno, Geschichte des Reichs, 3. Aufl., Tokio 1902, S. 18.
[20]) Chu-shu-chu-nien (ein Buch über die älteste chinesische Geschichte).
[21]) Shang-shu, Gushu Tayüno (d. h. Die Beratungen des Kaisers Yu).
[22]) Vgl. Shangshu, Chou-shou, Rokei, (d. h. ein Strafgesetz der Dynastie Chou) Mencius. (Vgl. auch Chinesisches Strafrecht S. 4 — Kohler.)
[23]) Vgl. Shangshu, Kavao-tao-mo (d. h. Beratung von Kogo).

Natur gegenüber dem Gebot der Moral. Die Moral bildet daher gleichzeitig das Gesetz, und die Sittenlehre ist gleichzeitig die Staats- und Rechtswissenschaft.[24]) Unter den Sittenlehrern finden wir daher mehrere Juristen; z. B. den berühmten Sittenlehrer und Weisen Confucius (552 bis 479 v. Chr.); er ist der Gerichtsherr des Königreichs Ro (500—497 v. Chr.) gewesen. Die Behauptung, daß es in China in alter Zeit keine Rechtswissenschaft und keine eigene Klasse von Juristen gegeben habe, obwohl die Gesetze und die rechtlichen Einrichtungen großartig gewesen seien und die Sittenlehre das ganze Land beherrscht habe, enthält eine große Inkonsequenz.

Fast alle maßgebenden Sittenlehrer und Gelehrten der späteren Zeit sind meines Erachtens die Anhänger der Strafrechtstheorie des Kaisers Shun, wenn auch die Behauptungen unter ihnen in der Art und Weise der Erklärungen voneinander verschieden sind. Und zwar legen die einen[25]) mehr Gewicht auf die Erziehung als auf die Strafe, indem sie behaupten: Wenn man die Bevölkerung durch Moral und Sittlichkeit leitet, so kann man die Vollkommenheit der Menschen erwarten, dann gibt es keinen Verbrecher. Die anderen[26]) behaupten, daß man durch die Verwirklichung der Strafe erwarten kann, daß kein Verbrechen begangen wird.

Confucius, welcher in der Sittenlehre eine große Autorität ist, hat folgenden Lehrspruch aufgestellt:[27]) „Wenn jemand sich immer tugendhaft verhalten hat und wohltätig war, folgt ihm und seinen Nachkommen gewiß viel Glück. Wenn jemand sich vielfach nicht tugendhaft verhalten hat, dann folgt ihm und seinen Nachkommen gewiß viel Unglück.“ Dieser Lehrspruch ist nichts anderes, als der Ausdruck des Dogmas der Vergeltung, welches „das Gute für das Gute“ und „das Übel für das Übel“ für gerecht erklärt. Die Vergeltungsidee ist in den meisten Fällen nichts anderes als die Gerechtigkeitsidee, wie später näher erklärt werden wird (s. §§ 14, 15). Daraus, daß die Moral gleichzeitig das Gesetz ist, folgt, daß die Strafe nach der Auffassung der Moral bestimmt wird. Die fünf Strafen des Shunschen Strafrechts, welche zur Verwirklichung der fünf Moralen bestimmt werden, beruhen auf de i Grunde der Vergeltungsidee.[28]) Aber dieses Strafrecht bestimmt die gerechte oder die der Schuld proportionale Vergeltung,[29]) indem es einerseits den Wegfall oder die Minderung der Strafe im Falle der Notwehr, des Notstandes und der Fahrlässigkeit anerkennt, andererseits den hartnäckigen oder rückfälligen Verbrecher streng bestraft.

3. Seit Taiho-Ritsu, der ersten vollständigen Kodifikation des Strafrechts von Japan im Jahre 702 n. Chr., bis zum gegenwärtigen Strafgesetzbuch sind in Japan mehrere strafrechtliche Bestimmungen erlassen

[24]) Das chinesische Zeichen „cheng“ (Politik) hat die gleiche Bedeutung wie „Chêng“ (Gerechtigkeit) und in alter Zeit brauchte man Gerechtigkeit anstatt Politik. In früherer Zeit bildete die Strafrechtspflege den bedeutendsten Teil der Staatsangelegenheiten.

[25]) Vgl. Lun-yü, Chu-yen nien (d. h. ein Buch über die Sittenlehre des Confucius).

[26]) Huai-nau-tzü, Kuan-tzu (d. h. Bücher über die Gelehrten Huai-nan-tzu und Kuan-tzu).

[27]) Vgl. Iching, Wen-yuan-chüan (d. h. ein Buch über Sittenlehre).

[28]) Daß diese fünf Strafen auf dem Grund der Talion beruhen, kann man aus der Beschaffenheit jeder der fünf Strafen schließen. Vgl. Tanomura, Sekai, Saiko no Keiho. Das älteste Strafrecht in der Welt, Tokio 1904, s. 155.

[29]) Vgl. Shangshu, Gu-shu, Shuntien und Ta-yü-mo.

Digitized by Google

und geändert worden. Unter diesen sind die wichtigsten folgende drei, nämlich: 1. Joyeshikimoku, vom Jahre 1232 („das Gesetz im Jahre Joye“), 2. Tokugawa Hiyakukajo vom Jahre 1742 (100 Paragraphen von Tokogawa), 3. Shimritsu Koryo vom Jahre 1870 (die neue allgemeine Bestimmung der Strafe) und Kaitei Ritsurei vom Jahre 1873 („die erneuerte Strafbestimmung“).[29a]) Alle diese Gesetze bestimmen die Schwere der Rechtsverletzung, wie es jeder Paragraph dieser Gesetze zeigt, damit stehen sie auf dem Standpunkt der Vergeltungstheorie. Indem diese Vergeltungsstrafe von der Auffassung der Moral ergriffen und bestimmt wird, vertreten alle diese Gesetze die gerechte Vergeltungstheorie.

III. Ergebnis der Entwicklungsgeschichte des Begriffes der Strafe.

Die Entwicklungsgeschichte des indogermanischen Strafrechts ist von der des japanischen Strafrechts durchaus verschieden. Während das indogermanische Strafrecht seinen Ursprung in der Blutrache hat, wurzelt das japanische Strafrecht in seinem eigenen Familiensystem und in seiner ursprünglichen Moral. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß die europäischen Völker erst später ihre Wohnsitze annahmen und ihre Staatengründungen vollzogen, Japan dagegen schon seit spätestens 660 v. Chr. dauernd ein einheitliches Kaiserreich bildete. Trotz der Verschiedenheit der Entwicklungsgeschichte ist das japanische Strafrecht in folgendem Punkte völlig konform mit dem europäischen:

Die Strafe ist ihrem innersten Wesen nach immer Vergeltung: Dem Verbrecher soll für das Übel, das er getan, vergolten werden durch ein Übel, das dem begangenen Verbrechen entspricht.

Der Ursprung der Strafe in Japan ist die Moral, nicht die Blutrache. Von der Urzeit an bis in unsere Tage stützt und sichert die Strafe das Postulat der Nationalmoral. Daraus, daß ein Strafrecht, das zur Erfüllung der rein moralischen Forderung berufen ist, immer die Vergeltungsstrafe annimmt, kann man leicht ersehen, daß die Vergeltungsstrafe nicht nur das Postulat des Selbsterhaltungstriebes und des Gefühls des Sühnebedürfnisses des Individuums erfüllt, sondern auch das Postulat der Moral.

Es ist merkwürdig, daß eine rohe, ungezügelte, subjektive Rache im indogermanischen Volk in ihrer letzten Entwicklung zur gerechten Vergeltungsstrafe geworden ist, sobald das Volk zu Staaten sich organisiert hatte, und ein unbefangener, ruhig prüfender Richter den Verbrecher bestrafen konnte. Es ist noch merkwürdiger, daß diese gerechte Vergeltungsstrafe im Prinzip völlig mit der japanischen Strafe, welche durchaus auf der Grundlage der Moral besteht, übereinstimmt.[30])

§ 3.

Menschennatur, Vergeltungs-, Gerechtigkeitsidee und Strafrecht.

I. Menschennatur, Gerechtigkeitsidee und Vergeltungstrieb.

1. Wenn man, abgesehen von ganz unpraktischen, rein theoretischen Erörterungen, die menschlichen Handlungen nach der Erfahrung und Ge-

[29a]) Vgl. auch Z. vgl. R. X S. 376 f. — Kohler.

[30]) Vgl. Netter, Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform. Berlin 1900 S. 100: Auf diese Weise ergeben sich folgende Zweckbegriffe des Rechts: 1. im mosaischen Recht: die sittliche Erziehung des Volkes; 2. im christlichen Recht: die Verwirklichung der sittlichen Persönlichkeit; 3. im griechischen Recht: das Gleiche; 4. im römischen Recht: Entwicklung der Persönlichkeit; 5. im germanischen Recht: die sittlich freie Persönlichkeit.

wöhnung betrachtet, so findet man, daß der Mensch rein egoistisch handelt und nur diejenigen Tätigkeiten vornimmt, welche Lustgefühle im weiteren Sinne erzeugen.[31]) Ich leugne, daß es Ausnahmefälle gibt. Wenn man aber Ausnahmefälle suchte und etwa einige fände, so glaube ich gleichwohl, daß sie ganz seltene sind, welche der Gesetzgeber nicht als normal seinen Bestimmungen zugrunde legen kann. Mitleid und Sympathie spielen im Gebiet des Rechtes eine ganz geringe Rolle.

Das Bedürfnis nach Ruhe und Sicherheit einer beschränkten Anzahl von Genüssen wandelt den rohen Egoismus in einen raffinierten Egoismus um. Aus dem raffinierten Egoismus entsteht eine Norm, welche die rohe egoistische Handlung des Menschen beschränkt und regelt.[32]) Diese Norm besteht ihrem Wesen nach im Generalwillen des Volkes, welcher seine Vollziehung von anderen erwartet. Diese Norm besteht, ihrer Natur nach, in der Idee der im Volke herrschenden Gerechtigkeit, welche deren Gehorsam verlangt.

2. Die Idee der Gerechtigkeit ist nichts anderes als die Vergeltungsidee, welche das Übel für das Übel und das Gute für das Gute verlangt, wenn man nach der Erfahrung und Gewöhnung das menschliche Verhalten betrachtet. Diese Vergeltungsidee, d. h. tatsächliche Gerechtigkeitsidee, spielt eine hochwichtige Rolle, welche die egoistischen Handlungen des Menschen immer zum guten führt und vom Bösen abhält, damit dies dem Menschen für sich ein Lustgefühl im weiteren Sinne beibringt und kein Unlustgefühl. Und diese Vergeltungsidee kann nicht nur das Wohl der Gesellschaft sichern, sondern gleichzeitig auch das Gedeihen derselben befördern. Was für Mittel gibt es überhaupt sonst, die Menschen, die in der Tat egoistisch handeln, zu dem Guten zu leiten und vom Bösen abzuhalten, wenn man die Vergeltungsidee leugnet? Die Religionen sind auf dem Glauben des Dogmas, welches das Gute für das Gute und das Übel für das Übel als Gottes Wille hält, gebaut.[33]) Auch die berühmtesten Philosophen haben dasselbe Dogma als Grundlage der moralischen Normen sehr oft betont.[34]) Die Gesetze haben sehr häufig demselben Dogma als ihrem Angelpunkte gehuldigt. Dieses Dogma, gerecht und ausgebildet seit frühester Zeit von der Religion, der Philosophie und den Gesetzen, mußte mehrere tausend Jahre hindurch das sittliche Bewußtsein des Volkes in allen Kulturländern leiten und beherrschen.

3. Der Mensch besitzt den Trieb, sein Recht zu behaupten und besonders um sein Dasein zu kämpfen. Dieser Trieb führt der Vergeltungs-

---

[31]) Vgl. Kato, Horitsu ovobi Dotoku Shinkano Ri, Grundlage der Entwicklung des Rechts und der Moral. 3. Aufl. Tokio.

[32]) So sagt Gareis: In der Natur des Menschen findet sich das, was man als die Wurzeln des Rechts bezeichnen kann. Die materielle Wurzel des Rechts ist die Selbstzucht, der Egoismus des Menschen. Vgl. Gareis, Rechts-Encyklopadie und Methodologie, 3. Aufl. Gießen 1905, S. 2 ff. und Anmerkung 2 auf S. 2.

[33]) Es ist bekannt, daß alle Religionen auf diesem Glauben gebaut sind, wenn sie auch vom einzelnen Menschen das Gute für das Böse verlangt. Daß die christlichen Rechte, auch das kanonische, insbesondere zu ihrer Grundlage die Wiedervergeltungsidee haben, ist von Günther nachgewiesen. ,Vgl. derselbe, Wiedervergeltungsidee, Bd. I S. 263 ff., Merkel, Vergelinngsidee und Zweckgedanke im Strafrecht in „Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts". Straßburg 1899. 2. Hälitc, S. 687 ff.

[34]) Vgl. Günther, Bd. II, S. 74 ff.; Handbuch des Deutschen Strafrechts Bd. I, Berlin 1882, S. 202 ff.; Heinze, Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip in Holtzendorfi's Handbuch, Bd. I, S. 241 ff.

idee, der tatsächlichen Idee der Gerechtigkeit, eine lebendige Kraft zu und trägt damit zur Verwirklichung derselben bei. Die Verbindung dieses Triebes mit der Vergeltungsidee bildet den Vergeltungstrieb, welcher nicht nur das Dogma der Vergeltung, für gerecht hält, sondern auch dieses Dogma wirklich auszuführen, zu vollziehen strebt. Demnach hat durchschnittlich jedermann eine Natur, welche es nicht nur für gerecht hält, wenn die gute Tat belohnt und die böse Tat bestraft wird, sondern welche auch ihrem Gerechtigkeitsgefühl Genugtuung leisten will, wenn die Tat keine oder eine ungerechte Vergeltung findet. Denn wenn nun eine große Untat ohne Strafe bleibt, so hofft man lebhaft, diese möge, soweit es irgend angeht, bestraft werden, und man sucht durch zweckdienliche Handlungen diesen triebartigen Wunsch zu befriedigen. Wenn dagegen eine große gute Tat nicht belohnt wird, so hofft man lebhaft, diese gute Tat möge tunlichst belohnt werden, und man strebt im gleichen Maße danach, auch dies zu verwirklichen. In dieser Weise verlangt der Vergeltungstrieb Gehorsam gegen die Idee der Gerechtigkeit.

II. Kraft der moralischen Norm, d. h. des gerechten Vergeltungstriebes.

1. Der Vergeltungstrieb, welcher, entsprechend der Idee der Gerechtigkeit, den Gehorsam verlangt, ist nichts anderes als eine Norm, welche die egoistischen Handlungen des Menschen führt und regelt, wenn sie vom Generalwillen des Volkes anerkannt und ihre Vollziehung von demselben erwartet wird. Anders ausgedrückt: der im Volke herrschende allgemeine gerechte Vergeltungstrieb ist eine Norm, welche menschliche Handlungen regelt. Diese Norm ist daher nicht bloßer Gedanke, sondern lebendige Kraft. Wenn der Gehorsam gegen diese Norm nur vom Vergeltungstrieb allein verlangt wird, so nenne ich sie moralische Norm, wenn der Gehorsam gegen diese Norm außerdem vom Gesetz verlangt wird, so nenne ich sie gesetzliche Norm.

2. Diese moralische Norm hat eine sehr mächtige Kraft, welche den widerstrebenden Einzelwillen niederbeugt. Wie oben erwähnt, handelt der Mensch rein egoistisch, also er nimmt von Natur aus nur diejenigen Tätigkeiten vor, die Lustgefühle in weiterem Sinne erzeugen. Ein Blick in die uns umgebenden Verhältnisse läßt uns ja mit erschreckender Deutlichkeit erkennen, wie durch die Not des täglichen Lebens, insbesondere durch die ungünstigen wirtschaftlichen Zustände an Tausende die Versuchung zu unmoralischen Handlungen herantritt. Dieser Reiz zu unmoralischen Handlungen wird dadurch vergrößert und befördert, daß die heutige intensive Art des Lebens, die Freiheit des Wettbewerbes und der Zwang, an ihm teilzunehmen, sich in ihm geltend zu machen, die ungeheuere Ausdehnung des Verkehrs und einer Reihe anderer, mit der hohen Entwicklung unserer Zeit notwendig verbundenen Zustände, diesen Reiz in weit höherem Maße zur Entstehung bringt, als es in früheren Zeiten der Fall war. Ungeachtet dieses Reizes oder dieser Versuchung zu unmoralischen Handlungen und der egoistischen Natur des Menschen, werden unmoralische Handlungen nicht in dem Maße begangen, daß das Wohl der Gesellschaft dadurch gefährdet würde. Das kommt daher, daß die moralische Norm, d. h. der im Volke herrschende allgemeine gerechte Vergeltungstrieb, eine hochwichtige Rolle spielt. Gleichzeitig ist dies der beste Beweis, daß diese Norm eine sehr mächtige Kraft besitzt.

3. Wie kann die moralische Norm eine so große Rolle spielen? Ich glaube, daß man den Grund dafür aus dem oben Erwähnten leicht erfahren

Digitized by Google

kann. Die moralische Norm besteht, wie ich schon oben erwähnte, in der Idee der im Volke herrschenden Gerechtigkeit. Die allgemeine Gerechtigkeitsidee, d. h. die gerechte Vergeltungsidee, welche: „das Gute für das Gute" und „das Übel für das Übel" für gerecht hält, entspricht direkt der egoistischen Natur des Menschen, welcher gute Handlungen tut und böse Taten unterläßt, um Lustgefühle in weiteren Sinne in sich zu erregen und um Unlustgefühle zu vermeiden. Jeder, der in einer Gesellschaft, in welcher der gerechte Vergeltungstrieb herrscht, aufgewachsen ist, soll oder muß daher von seiner Jugend auf fühlen, daß er Gutes verdient, m. a. W. sich einen Vorteil verschafft, wenn er etwas Gutes tut, und daß er ein Übel (Strafe) verdient, m. a. W. sich einen Nachteil verschafft, wenn er ein Unrecht begeht. Und jedem soll es daher von seiner Jugend an eingeprägt werden, daß er sich freut, wenn er eine gute Handlung tut, und daß er sich schämt, wenn er eine schlechte begeht. Man tut die gute Handlung und unterläßt die böse in seinem eigenen Interesse, nicht um anderer willen. Anders ausgedrückt: Das Recht ist, dem im Volke herrschenden Gefühl nach, an und für sich ein Vorteil für den Täter, und das Unrecht ist, dem im Volke herrschenden Gefühl nach, an und für sich ein Nachteil für den Täter. Selbstverständlich ist das nicht der Fall in einem Lande, in welchem man die Moral überhaupt nicht hochschätzt, oder in welchem das Gesetz das Postulat der Moral nicht oder wenig schützt und sichert und damit der Moral die Würde nimmt. Umgekehrt läßt es sich leicht verstehen, daß man die Kraft der Moral dadurch noch erhöhen kann, daß die Gesetzgebung sie durch Erziehung, Strafe u. dgl. ergänzt, schützt und sichert.

4. Wie kann die moralische Norm eine so mächtige Kraft haben? Ich glaube, daß man die Antwort ebenfalls aus dem oben Erwähnten leicht finden kann. Die moralische Norm besteht, wie ich bereits erwähnte, im Generalwillen des Volkes, das seine Vollziehung von anderen erwartet. Es ist schwer für jemand, welcher als Glied der Gesellschaft aufgewachsen ist, und noch weiter in ihr leben muß, eine diesem Generalwillen widerstrebende Handlung, d. h. unmoralische Handlung zu begehen, weil Gehorsam gegen ihn von allen ihn umgebenden Gliedern der Gesellschaft erwartet wird. In der Tat wird dieser Gehorsam, wie bereits erwähnt, nicht nur von dem betreffenden, sondern auch von jedem anderen Mitglied der Gesellschaft nachdrücklich verlangt. Wenn man also unmoralische Handlungen begeht, so versagt die Gesellschaft dem sittlich Herabgekommenen die menschliche Ehre, welche eine wesentliche Voraussetzung des Lebens der Menschen ist. Ohne die menschliche Ehre möchte wohl niemand leben. Der Verlust der menschlichen Ehre hat den Verlust des Vertrauens und Kredits zur Folge. Der Ehrlose wird daher nicht nur im gesellschaftlichen Umgange, sondern auch im Geschäftsverkehr nach Tunlichkeit gemieden. Infolgedessen ist der Verlust der Ehre ein empfindliches Übel, nicht nur für den echten Menschenstolz des Gebildeten und Hochstehenden, sondern auch für den niedrigsten Mann des Volkes.[35]) Wie ein Vorbestrafter, welcher wegen eines Verbrechens ehrloser Art verurteilt wurde, sich sein Brot nur schwer verdienen kann, stellt die Begehung einer unmoralischen Handlung in vielen Fällen die Existenz des Menschen in Frage. Gibt es noch ein empfindlicheres Übel als das, welches die Existenz des Menschen in Frage stellt?

[35]) Vgl. Joseph Spindler, „Das Verhältnis der Moral zum Recht". Prag 1886 S. 17 ff.

III. Grund der Durchführbarkeit des Strafrechts.

1. Der Gesetzgeber muß sorgfältig darauf Bedacht nehmen, daß in jedem Falle das Strafrecht mit der Vorschrift der moralischen Norm übereinstimmt, wenn man seine Durchführbarkeit wünscht. Eine erfolgreiche Durchführung der Strafgesetze kann man aber erst dann erwarten, wenn man die Kraft der Strafdrohung mit der Kraft der moralischen Norm, des allgemeinen, gerechten Vergeltungstriebes des Volkes verbindet und die beiden vereint, wirksam werden läßt. Die Strafdrohung allein hat nicht die mächtige Kraft, die strafrechtliche Norm zu verwirklichen. Sie allein ist nichts anderes, als die bloße Androhung eines Übels. Die Androhung eines Übels allein aber ist nicht imstande, das Verbrechen wirksam hintanzuhalten. In der Natur des Menschen liegt es, daß er das, was er wünscht, wagt, wenn er es für rühmlich oder doch für wenig schändlich findet, ohne zu bedenken, was für ein Übel er dadurch sich zuzieht. Das richtigste Mittel, den Menschen vom Verbrechen abzuhalten, ist daher die moralische Norm, deren Befolgung von der Strafe erzwungen wird.

2. Die aus dem Zuwiderhandeln gegen eine moralische Norm entstehenden Nachteile bekommt jeder Zuwiderhandelnde durch jedes Mitglied der menschlichen Gesellschaft zu fühlen. Dagegen zieht das Zuwiderhandeln gegen Strafrechtsnormen nur für einen kleinen Teil der Verbrecher den Rechtsnachteil der Strafe nach sich. Die meisten Verbrechen werden aber aus Anlaß irgend einer wirtschaftlichen Notlage begangen. In einer solchen Notlage wird aber eine Strafdrohung vom Täter nicht geachtet, wenn sie nicht mit einem Gebot der Moral übereinstimmt. Daraus folgt, daß das Strafrecht in keinem Falle der Vorschrift der moralischen Norm widersprechen darf, und daß das Strafrecht darnach streben muß, die Kraft der moralischen Norm zu verstärken.

3. Außerdem glaube ich fast, daß ein Strafrecht, welches der moralischen Norm widerspricht, keinen guten Erfolg haben kann. Wenn die Strafe milder ist, als die allgemeine Vergeltungsidee des Volkes, d. h. als es das Gerechtigkeitsgefühl des Volkes verlangt, so ist es selbstverständlich, daß sie nicht genügend ist, das Verbrechen niederzuhalten. Wenn die Strafe schwerer ist, als es die Gerechtigkeitsidee verlangt, so ist das Strafrecht auch in der Praxis nicht durchführbar. Die Durchführbarkeit des Strafrechts in der Praxis hat ihren Grund hauptsächlich in der Natur des Menschen, daß er seinem Gerechtigkeitsgefühl oder Vergeltungstrieb Genüge leisten will, wie langjährige Erfahrung lehrt. Wie kann man mit Erfolg den Verbrecher bestrafen, wie das Gesetz vorschreibt, wenn man wegen der nach dem Gerechtigkeitsgefühl zu strengen, zu schweren Strafe dem Täter sympathisch gegenübersteht und das Gesetz für unrecht hält?

IV. Moralische und strafrechtliche Norm und Zweck des Strafrechtes.

1. Die Norm des Gesetzes und der Moral ist ihrer Aufgabe nach eine Norm, welche menschliches Verhalten bestimmt. Während jenes das äußere Verhalten von Menschen zu Menschen und zur Gesellschaft regelt, ordnet die moralische Norm das äußere und innere Verhalten des Menschen zu sich selbst, zu den anderen Menschen, zur Gesellschaft usw.

Die Norm der Moral und des Gesetzes wirken auf einem gemeinsamen Feld, und zwar so, daß die Norm der Moral als der weitere Begriff im großen und ganzen mit nur unbedeutenden Ausnahmen die ge-

setzliche Norm in sich schließt. Es arbeitet sonach die gesetzliche Norm auf einem Felde, welches ein Teil des Wirkungskreises der Moral ist.[36]) Ich will hier über dieses gemeinsame Feld, insbesondere soweit es das Strafrecht berührt, einiges ausführen.

Die Norm der Moral und des Gesetzes, soweit sie das Strafrecht berührt, d. h. strafrechtliche Norm, hat die Aufgabe, das äußere Verhalten von Menschen zu Menschen und zur Gesellschaft zu regeln, und zeichnet sich dadurch aus, daß Gehorsam gegen sie durch Strafe erzwungen wird, um das berechtigte Interesse des Menschen und der Gesellschaft zu schützen.

Wo menschliches Leben ist, da gibt es Interessen, welche der eine an dem für seine Betätigung wichtigen Handeln und Nichthandeln des anderen hat. Die moralische Norm, d. h. der allgemeine, gerechte Vergeltungstrieb des Volkes, unterscheidet das berechtigte Interesse von dem unberechtigten und schützt das berechtigte und treibt das unberechtigte zurück. Wenn das berechtigte Interesse wichtig ist, so besteht ein allgemeines Bedürfnis, es sicherer und stärker zu schützen. Zu diesem Zwecke tritt das Recht hinzu, und zwar verleiht es der moralischen Norm, eine beständige Kraft, welche von der Staatsgewalt ausgeführt und vollzogen wird. Diese staatliche Kraft erscheint uns in drei Hauptformen: 1. Als Erzwingung der Erfüllung (Zwangsvollstreckung); 2. als Wiederherstellung der gestörten Ordnung oder Entschädigung in Geld; 3. als Bestrafung des Ungehorsams. Von solchem Standpunkte aus ist der Zweck des Rechts der Schutz der menschlichen Interessen. Der eigenartige Zweck des Strafrechts ist der verstärkte Schutz besonders schutzwürdiger und besonders schutzbedürftiger Interessen durch die Strafe.[37])

§ 4.

Zweck der Strafe und der Grundfehler in der gegenwärtigen Strafrechtspflege.

I. Zweck der Strafe.

1. Der Zweck des Strafrechts ist, wie oben erwähnt, der Schutz von Interessen. Der Zweck der Strafe ist nicht der Schutz des Interesses,

[36]) Vgl. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, S. 19 ff. — Schopenhauer, Sämtliche Werke. Leipzig 1890, II, S. 400; nach ihm ist das Recht ein Kapitel der Moral. — Jellineck, Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, S. 42; nach ihm ist das Recht das ethische Minimum. — Jhering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl. 1899, Bd. II, S. 212—13; nach ihm ist der Zweck des Rechts und der Sittlichkeit derselbe; die Mittel dazu sind verschieden. — Josef Spindler, Das Verhältnis der Moral zum Recht, Prag 1886, S. 2; nach ihm haben die beiden denselben Zweck, die Sicherung der Bedingungen der Erhaltung und Fortentwicklung der Gesellschaft. — Sacker, Beitrag zur Lehre vom Rückfall, Naumburg 1892, S. 19—20: Zweck der sittlichen und juristischen Normen ist das soziale Verhalten, dessen Zweck einerseits das höchste Glück der Gesellschaft ist, zu regulieren. Die Ethik der Neuzeit berücksichtigt nicht nur die Motive der Handlung, sondern auch deren Erfolg; sie schreibt nicht nur der Gesinnung, sondern auch den objektiven Gütern einen selbstständigen Wert zu, sie betont, daß der Wille nicht allein durch das Wollen gut ist (Kant), sondern „nur dann, wenn er mit Aufgebot aller Kraft den Erfolg herbeizuführen sich bemüht, in der Tat also in das wirksame Handeln übergeht." Von solchem Standpunkte aus ist der Unterschied zwischen Moral und Recht nur ein quantitativer, nur ein Unterschied im Umfange.

[37]) So sagt Ihering: Der Zweck des Strafrechts ist kein anderer als der eines jeden Gesetzes: Sicherung des Lebens, der Lebensbedingungen der Gesellschaft. Vgl. Ihering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl. Bd. I, S. 485. — Liszt, Lehrbuch, S. 65 ff.

sondern die Zufügung des Übels, um den Zweck des Rechts mit Sicherheit zu verwirklichen. Die Zufügung des Übels, welches der Schuld des Verbrechers entspricht, ist meines Erachtens ein geeignetes Mittel, den Zweck des Strafrechts am besten und sichersten zu erreichen. Da der Zweck des Strafrechts nicht gleich dem Zweck der Strafe ist, so kann der Gesetzgeber im Strafrecht außer der Strafe eine Menge von sichernden Maßnahmen usw. bestimmen, wie dies in heutigen Strafgesetzgebungen der Fall ist. Die sichernden Maßnahmen ändern dadurch ihre eigene Natur nicht, daß man sie im Strafrecht vorschreibt; sie bleiben immer in der Natur der sichernden Maßnahmen.[38]) Besserung, Abschreckung oder Sicherung ist nicht der Zweck der Strafe, sondern eine erwünschte Wirkung, welche man durch Strafdrohung oder Strafvollstreckung direkt oder indirekt erwarten kann.[39]) Eine erwünschte Wirkung deckt sich nicht mit dem Zweck. Der Zweck begrenzt und schützt sich selbst. Das Mittel über den Zweck zu stellen, kann niemals als richtig erachtet werden. Besserung, Abschreckung oder Sicherung kann man als ein wichtiges Mittel, welches geeignet ist, das Verbrechen zu bekämpfen, betrachten. Darum muß der Gesetzgeber auf sie Rücksicht nehmen, und er kann im Strafrecht gewisse Vorschriften über sie bestimmen. Aber man darf sie deshalb nicht als den Zweck der Strafe bezeichnen. Wenn die Besserung, Abschreckung oder Sicherung der Zweck der Strafe ist, so ist es zwecklos, grausam, daher ungerecht, denjenigen zu bestrafen, welcher z. B. einen Mord begangen hat, aber seine Tat schon bitterlich bereut, oder auf den die Abschreckungskraft der Strafdrohung selbst schon gewirkt hat.

Den Zweck der Strafe und die Wirkung der Strafdrohung und Strafvollstreckung muß man scharf unterscheiden. Die Zusammenmengung der beiden verdunkelt den wahren Zweck der Strafe und würde einen großen Nachteil für die Strafrechtspflege bedeuten. Daß die heutige Strafgesetzgebung, insbesondere die Art der Strafe und Strafvollstreckung auf eine Reihe von Sträflingen keine Wirkung hat, kommt meines Erachtens daher, daß man entweder den Zweck der Strafe überhaupt nicht versteht oder denselben mit der erwünschten Wirkung der Strafdrohung und Strafvollstreckung vermengt.

2. Was man unter dem Übel der Strafe gewöhnlich versteht, ist zweierlei:

1) Ein noch empfindlicheres Übel als die heutige Strafe in Wirklichkeit ist.

2) Der Verlust der persönlichen Ehre und Unbescholtenheit infolge der Bestrafung.

Diese beiden Übel unterdrücken in der Regel am kräftigsten oder vielmehr ausschließlich den Reiz zum Verbrechen. Während ersteres bei allen Personen, insbesondere bei den Vorbestraften die Wirkung hat, von der Begehung des Verbrechens abzuhalten, je nach der Empfindlich-

---

[38]) Vgl Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen, München 1907, S. 4 ff.

[39]) Vgl. Beling, Strömung und Bestrebung bei Herstellung eines neuen deutschen Strafgesetzbuches, 1902, S. 182 ff., derselbe, Grundzüge des Strafrechts; 1902, S. 4; nach ihm sind Besserung und Sicherung Verwaltungsmaßregeln, die von der Strafe getrennt sind oder durch sie zugleich erreicht werden oder sie verdrängen. Die Verbrechensprophylaxe geht neben der Strafe her und gehört in das Verwaltungsrecht. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen, München 1906, S. 19 ff. Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafreform, Rektoratsrede, Leipzig 1902, S. 35: Das gesetzmäßige Verhalten des Verbrechers ist wünschenswerter Erfolg, nicht Zweck des Strafrechts.

Digitized by Google

keit der Strafe, spielt letzteres eine große Rolle bei den nicht Vorbestraften.

Um den Zweck des Strafrechts, den Schutz der menschlichen Interessen sicher zu verwirklichen, muß die Strafe genügend wirksam sein. Also muß die Strafe ein wirkliches Übel sein, welches auf jede Art von Sträflingen einen kraftvollen und vollständigen Einfluß auszuüben geeignet ist, damit derjenige, welcher einmal eine Strafe verbüßt hat, nicht wieder auf die Bahn des Verbrechens gerät.

Obwohl ich glaube, daß eine strengere Strafe eine größere Wirkung hat, von der Begehung eines Verbrechens abzuschrecken, als eine weniger strenge, verlange ich aber nicht eine Strafe, die schwerer ist, als es der Schuld entspricht. Denn eine solche Strafe widerspricht nicht nur der Gerechtigkeit, sondern sie ist auch nicht notwendig. Denn auch eine geringe Strafe kann, wenn sie ein wirkliches Übel für den Täter ist, und sie seiner Schuld entspricht,[40]) eine kraftvolle Wirkung haben, ihn von einer weiteren Begehung eines Verbrechens abschrecken, da er aus Erfahrung weiß, mit welcher bitteren Strafe er von neuem belegt wird, wenn er wieder ein Verbrechen begeht.

Es ist leicht zu verstehen, daß ein Mensch von Ehrgefühl auch ein Verbrechen begehen würde, wenn ein hinreichend starker Reiz ihn dazu antreibt, und er ohne Verlust der persönlichen Ehre oder ohne Wissen der anderen Menschen seine Strafe verbüßen könnte. Als Grund dafür kann man annehmen, daß die Strafe in diesem Falle nichts anderes ist, als eine bloße Vergeltung, welche sich nicht auf die persönliche Ehre bezieht, wie es mit dem Preise bei einem Kaufe der Fall ist. Es kommt nicht selten vor, daß man manchmal eine Sache um doppelten, drei-, ja zehnfachen Preis und unter Umständen noch teurer kauft, wenn man sie notwendig braucht.

II. Ein Grundfehler in der gegenwärtigen Strafrechtspflege.

Die praktische Wirkung der Strafe auf den Verbrecher macht sich in doppelter Richtung geltend. Die Strafe ist ja von Bedeutung sowohl als Strafdrohung wie als Strafvollstreckung. Jede dieser beiden Maßnahmen hat ihre eigenartige Wirkung auf den Verbrecher. Bei der Strafdrohung steht die Generaldrohung im Vordergrunde; denn durch sie zeigt der Staat seinen Bürgern in eindringlicher Weise, welchen Wert er seinem Befehle beilegt, und welches Übel im Fall der Zuwiderhandlung dem Täter zugefügt wird. Die Strafvollstreckung hinwiederum ist die Verwirklichung der Strafdrohung. Sie spielt daher teils die Rolle der Generalprävention, teils die Rolle der Spezialprävention, indem sie durch tatsächliche Zufügung der Strafe den Sträfling von der Begehung weiterer Verbrechen abhält. Ich will im folgenden die Wirkung der beiden in der heutigen Strafrechtspflege auf die Verbrecher überhaupt und auf die sogen. unverbesserlichen Verbrecher schildern.

1. Die Wirkung der Strafvollstreckung ist gegenüber zahlreichen Verbrechern dadurch entkräftet oder ganz kraftlos geworden, daß man den Zweck der Strafe[41]) überhaupt nicht versteht, oder denselben mit den zu erwünschenden Wirkungen der Strafe zusammen mengt. Folgende Schilderung, die der Richter Gullet auf der V. Hauptversammlung der I.

[40]) S. unter § 5.
[41]) Vgl. oben Nr. I.

K. V. zu Antwerpen im Jahre 1894 aufgestellt hat, ist durchaus zutreffend:[42])

„Derjenige, welcher das erste Mal ins Gefängnis kommt, ist eine Beute fürchterlicher Empfindungen! Es ist zum Herzzerbrechen, wie er jammert und klagt. Aber nach 24 Stunden vollzieht sich ein jäher Umschwung. Der Verurteilte sagt sich: „Ja, hier habe ich es besser als jemals in der Freiheit." Und in der Tat ist dies so. Er hat gutes Essen — für dessen Abwechslung man sogar Sorge trägt —, ein bequemes Lager, im Winter eine warme Zelle, keine Sorgen für die kommenden Tage. Was will er denn mehr? Das Gefängnis hat für ihn alle Schrecken verloren! Wenn er herauskommt, so ist er ein anderer geworden, und zögernden Genossen weiß er die gleiche Überzeugung beizubringen."

Dies ist nach meiner Meinung das allgemeine Gefühl des Erstverurteilten. Darum ist es einleuchtend, daß die heutige Freiheitsstrafe gegen die rückfälligen oder gewohnheitsmäßigen Verbrecher, denen die Zustände im Gefängnisse genau bekannt sind, oder die sich manchmal völlig dort eingewöhnt haben, ganz kraftlos ist.[43])

2. Die Wirkung der heutigen Strafdrohung wird dadurch entkräftet, daß nur ein kleiner Teil der Verbrecher wirklich zur Bestrafung gebracht wird, während ein großer Prozentsatz derselben ohne Strafe bleibt. Die Hauptursache liegt darin, daß eine große Anzahl von Verbrechern deswegen nicht bestraft werden, weil die von ihnen begangenen Verbrechen überhaupt der zuständigen Behörde nicht bekannt werden und weil die Verbrecher selbst, wenn die Verbrechen auch schon bekannt sind, nicht ausfindig gemacht werden können. Die genaue Ziffer von solchen unbekannten Verbrechen kann man durch die Statistik nicht beweisen, da es kein kompetentes Organ gibt, welches uns darüber vollständig Aufschluß gibt. Dagegen kann man die Ziffer von Verbrechen, welche der zuständigen Behörde bekannt sind, aber wegen Unbekanntbleibens des Täters nicht verfolgt werden, ziemlich genau wissen. Aber wir sind nicht imstande, diese Ziffer durch eine Statistik aller Kulturländer darzustellen, da diese Sache für mehrere Länder ein amtliches Geheimnis bildet. Ich bin überzeugt, daß jeder Mann, welcher Erfahrung aus der Praxis in diesen Dingen hat, genau weiß, daß nur ungefähr 30—50% der bekannten Verbrechen an dem Täter durch die Strafe gesühnt werden, während 50—70% derselben unverfolgt bleiben. Der Statistiker nennt eine solche Ziffer von Vorkommnissen, welche nicht ans Licht kommen, sondern im Dunkeln bleiben, Dunkelziffer (dark-number) im Gegensatz zur Lichtziffer (light-number). Daß unter der ganzen Kriminalität der größte Prozentsatz der eben genannten zwei Dunkelziffern (nämlich der Ziffer der unbekannten Verbrechen einerseits und der unentdeckten Verbrecher anderseits) diejenigen Verbrechen, welche ohne Wissen der anderen Menschen geheim begangen werden, z. B. Diebstahl, Münzfälschung und dergl., bilden, wissen Männer der Praxis, und es ist dies leicht zu verstehen. Als Beweis dafür lege ich beispielsweise folgende Daten aus der

[42]) Vgl. Mitteilung der I. K. V. S. 241. Über die Erörterung, daß die heutige Freiheitsstrafe verschärft werden muß, vgl. folgende Gutachten von Wodon, Jasper, Felisch, Poncelet und Manchamp in demselben Bd. S. 85 ff., 105 ff., 95 ff. und Felisch, Wodon, Schoor, Zucher, Prins und Léveillé in demselben Bd. S. 234 ff. Ferner vgl. Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafe 1879.

[43]) Vgl. v. Lilienthal, Léveillé Prins und Stooß in den Mitt. d. I. K. V. Bd. II, S. 96 ff. und Bericht von v. Lilienthal, ebenda S. 64 ff. und Uppström daselbst Bd. III, S. 288.

Digitized by Google

Statistik der Tokioer Polizeidirektion vom Jahre 1902, 1903 und 1904 dar.[44])

Verbrechen.	Ziffer der Verbrechen, die der Polizei bekannt wurden.	Ziffer der Verbrechen, welche die Polizei fand und verfolgte.	Von je 100 der bekannten Verbrechen die Ziffer der Verbrechen, die von der Polizei verfolgt wurden.
1902			
Münzfälschung	260	11	4,23
Diebstahl	27,453[45])	4,716	15,21
Brandstiftung	136	48	35,29
Betrug	3,069	1,575	69,16
Raub	153	124	81,04
Mord und Totschlag	29	52	189,31 [45])
Übrige Verbrechen	3,069	7,260	236,55
Zusammen	34,169	13,786	41,32
1903			
Münzfälschung	362	16	4,42
Diebstahl	33,275[45])	6,580	19,77
Brandstiftung	146	57	39,04
Betrug	2,970	1,652	55,50
Raub	188	162	86,17
Mord und Totschlag	92	85	92,50 [45])
Übrige Verbrechen	2,582	6,569	257,90
Zusammen	39,615	15,121	38,23
1904			
Münzfälschung	292	52	18,14
Diebstahl	36,051[45])	7,613	21,11
Brandstiftung	136	64	49,05
Betrug	2,664	1,488	55,89
Raub	190	159	83,68
Mord und Totschlag	34	83	273,57 [45])
Übrige Verbrechen	4,502	5,182	112,88
Zusammen	43,869	14,641	33,37

[44]) Vgl. Keishi-Cho-tókei-sho im Jahre 35, 36 und 37 von Meiji (d. h. Statistik der Tokioer Polizeidirektion von 1902, 1903 und 1904.

[45]) Nach früheren Gesetzen in Japan war man verpflichtet, der Polizeibehörde zu melden, wenn einem etwas gestohlen worden war. Man meldet es auch jetzt noch gewöhnlich, so daß die Ziffer der Diebstähle, welche der Polizeibehörde unbekannt sind, verhältnismäßig nicht groß ist. Die Ziffer der Verbrecher, welche die Polizei kennt und verfolgt, ist manchmal größer als die Ziffer der Verbrechen, welche der Polizei bekannt sind. Dies kommt daher, daß man unter dem Verbrecher nicht nur den Täter (den Mittäter) versteht, sondern auch den Anstifter und den Gehilfen. Und unter mehreren Verbrechen sind diejenign Verbrechen nicht wenig, welche nur von mehreren Personen begangen werden (z. B. Glücksspiel), welches in Japan streng verboten ist und bestraft wird.

Digitized by Google

Außer den beiden großen Dunkelziffern, in welchen der Verbrecher nicht verfolgt wird, muß man aber noch eine gewisse Anzahl von Verbrechern berücksichtigen, welche wegen Mangel an Beweisen freigesprochen werden, oder sich auf sonst eine Weise der Strafe entziehen. Diese Anzahl ist auch eine Dunkelziffer, da niemand darüber genaues wissen kann. Daß der Totalbetrag der eben genannten drei Dunkelziffern den höchsten Prozentsatz unter allen Verbrechen bildet, ist leicht zu verstehen.[46]) Man kann sich auch leicht vorstellen, daß der große Prozentsatz der Dunkelziffern der Strafe ihre Würde nimmt und damit ihre drohende Kraft zerstört. Diese drei großen Dunkelziffern haben ihren Grund in der mangelhaften Ermittelung des Verbrechens.

Daß man also durch eine derart kraftlose Strafvollstreckung und schwache praktische Strafdrohung den rückfälligen und gewohnheitsmäßigen Verbrecher nicht bekämpfen kann, ist eine ganz natürliche Folge. Deshalb darf man nicht sagen, daß das Dasein des unverbesserlichen Verbrechers durch das Dasein rückfälliger und gewohnheitsmäßiger Verbrecher nachgewiesen sei.

§ 5.

Die Strafe muß der Schuld proportional sein.

Die Art und das Maß der Strafe müssen nach der Schuld des Verbrechers und der persönlichen Eigenart und dergl. bestimmt und bemessen werden.

1. Aus dem oben Erwähnten kann man folgende Schlüsse ziehen:

a) Das Strafrecht muß auf dem Dogma „das Übel für das Übel", d. h. auf der Gerechtigkeitsidee bezw. auf dem Vergeltungstriebe, welcher der Menschennatur innewohnt, beruhen.

b) Das Strafrecht darf nichts anderes als die durch die Strafe zu erzwingende verstärkte Norm der Moral sein. Die Grundlage des Strafrechts muß also gleich der der Norm der Moral sein.

c) Die Strafe muß infolgedessen der im Verbrechen verkörperten Schuld proportional sein, also müssen die Strafdrohung, der Strafausspruch und die Strafvollstreckung dem, was der Verbrecher getan und gewollt hat, genau entsprechen.

d) Die Strafe muß ein wirksames Übel sein, das auf alle zu bestrafenden Personen einen kraftvollen und vollständigen Einfluß auszuüben geeignet ist, damit der Zweck des Strafrechts, der Schutz der menschlichen Interessen, sicher verwirklicht werden kann.

Die Eigenart und die besonderen Verhältnisse jedes Menschen sind sehr verschieden. Soweit diese verschieden sind, ist die Empfindlichkeit einer Strafe für jeden einzelnen nicht gleich, wenn deren Art und Maß auch an und für sich ganz gleich sind.

Den eben ausgeführten Schlüssen gerecht zu werden, ist es nicht genügend, daß die Art und das Maß einer Strafe lediglich nach der Schuld des Verbrechers bestimmt und bemessen werden, sondern es ist notwendig, daß sie auch nach der Eigenart und den besonderen Verhältnissen des Verbrechers bestimmt und bemessen werden.

[46]) Außerdem gibt es noch eine Dunkelziffer von Verbrechen und Verbrechern, welche wegen fehlenden Strafantrages nicht bestraft werden. Aber diese Ziffer bezieht sich mehr auf Privatinteressen als auf öffentliche Interessen, und sie hat nur geringen Wert für unser Thema.

Wenn ich sage, daß die Art und das Maß der Strafe auch nach der Eigenart des Verbrechers bestimmt und bemessen werden müssen, so wird man mir vielleicht entgegnen, meine Erörterung enthalte eine Inkonsequenz und wird die folgenden zwei Fragen gegen mich aufwerfen.

1. Wie können die Art und das Maß der Strafe nach der Eigenart bezw. den besonderen Verhältnissen des einzelnen Verbrechers bestimmt und bemessen werden, während doch die Eigenart, wirtschaftliche Verhältnisse und dergl. des Verbrechers keine Schuld desselben sind und die Strafe der Schuld proportional sein soll?

2. Kann man von dem Satze, die Strafe sei proportional der Schuld zu bemessen, abgehen, wenn es z. B. zweckmäßig erscheint?

Ich gebe gerne zu, daß die Eigenart und die besonderen Verhältnisse des Verbrechers keine Schuld desselben sind, doch behaupte ich entschieden, daß die Strafe ganz der Schuld des Verbrechers proportional sein muß. Deshalb bestreite ich durchaus die Berechtigung der zweiten Frage, da es ganz ungerecht ist, jemanden mit einer seiner Schuld nicht proportionalen Strafe zu belegen, mag anch irgend ein Grund vorhanden sein, den man vielleicht zur Rechtfertigung dieses Unterlassens anführen könnte. Doch behaupte ich ferner noch mit Entschiedenheit, daß die Strafe auch nach der Eigenart usw. des Verbrechers bestimmt und bemessen werden muß. Ich glaube, daß meine Erörterung keine Unkonsequenz in sich schließt. Vielmehr stelle ich gerade die obige These auf, um eine der Schuld proportionale Bestrafung erreichen zu können.

2. Der Zweck der Strafe ist die Zufügung eines Übels, um den Zweck des Rechtes zu verwirklichen, m. a. W. Vernichtung, Beraubung, Verletzung, Beschränkung eines menschlichen Interesses, welches sonst vom Gesetz geschützt wird. Infolgedessen muß man sehr vorsichtig sein, damit man dem Verbrecher nur dasjenige Übel zufügt, welches seiner Schuld proportional ist. Dies darf nicht mehr oder weniger sein. Wenn man einem Verbrecher ein proportionales Übel, d. h. die gerechte Strafe für seine Schuld zufügen will, so muß man die Art und das Maß der Strafe nach seiner eigenen Schuld, nach seiner Eigenart und seinen besonderen Verhältnissen, insbesondere seinen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen bestimmen und bemessen.[47])

Ein wirkliches Übel, nicht nur der Form, sondern anch dem Inhalte nach, ein Übel, welches auf jede Art von Sträflingen einen kraftvollen und vollständigen Einfluß auszuüben geeignet ist, muß in einem empfindlichen Übel für denjenigen bestehen, welchem die Strafe zugefügt wird. Das Übel als Strafe ist subjektiv zu betrachten, nicht objektiv.

Es dürfte sich empfehlen, dies an einem Beispiel zu erklären. Geldstrafe von 100 Mark wäre für einen armen Tagelöhner eine Existenzfrage, für einen Reichen bedeutet sie fast nichts. Wenn ein Richter ein Urteil fällt, welches den Armen und Reichen wegen ein und desselben Verbrechens zu Geldstrafe von 100 Mark verurteilt, so wirkt es auf den Armen sehr schwer, dagegen ist es für den Reichen so gut wie nichts. Ist dieses Urteil richtig? Entspricht dieses Urteil dem Dogma „das Übel für das Übel"? Nein! Der Richter versteht nicht den Zweck der Strafe,

---

[47]) Vgl. Schweizerischer Entwurf, Art. 38. Vgl. Aschaffenburg, Gutachten über die Frage der strafrechtlichen Behandlung vom Rückfall, gewohnheitsmäßigen, gewerbsmäßigen Verbrechen in den Verhandlungen d. 28. deutschen Juristentages, II. Bd. S. 3 ff.

die Zufügung des Übels für das Übel; der Richter versteht nicht, daß die Strafe ein empfindliches, der Schuld proportionales Übel sein soll. Der Arme erleidet ein großes Übel, welches seine Existenz in Frage stellt. Dagegen hat der Reiche wegen desselben Verbrechens eine Strafe erhalten, die es für ihn nur dem Namen nach ist. Wenn man in diesem Fall die Strafe gerecht bemessen will, so muß man zuerst nicht nur die Schuld des Verbrechers, sondern auch seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse genau untersuchen und dann eine passende Strafe bestimmen, welche dem Reichen ein gleich empfindliches Übel zufügt, wie es der Arme durch ein gerechtes Urteil empfangen würde.[48])

3. Das oben erwähnte Beispiel rechtfertigt, glaube ich, den von mir aufgestellten Grundsatz, „die Art und das Maß der Strafe müssen teils nach der Schuld des Verbrechers, teils nach der Eigenart und den besonderen Verhältnissen des einzelnen Verbrechers bestimmt und bemessen werden". Die Freiheitsstrafe, welche nur Entziehung der Freiheit bezweckt, ist für diejenigen, welche die Freiheit ebenso wenig hochschätzen, wie z. B. ein Millionär eine Geldstrafe von 100 Mark nicht achtet, sinnlos, machtlos und nicht empfindlich.

Die Eigenart und die besonderen Verhältnisse der Menschen sind verschieden. Wenn die Strafe diese nicht berücksichtigt, so ist notwendig die Strafe entweder eine nutzlose, grausame, oder eine wertlose. Erst dann kann man eine gerechte und wirksame Strafe finden, wenn die Art und das Maß der Strafe der Eigenart usw. des einzelnen Verbrechers entsprechen.

4. Dem vorgenannten Grundsatze in der Praxis gerecht zu werden, ist ziemlich schwer, aber es ist nicht unmöglich. Der Einwand, es sei zu schwierig, nach diesem Grundsatz zu handeln, hat keinen Wert. Ein Beispiel mag zur Erläuterung dienen. Ich nehme einen Fall an, in welchem ein Arzt für einen Kranken Morphium für vorteilhaft gehalten und eine Quantität desselben verschrieben hat. Freilich hätte er zuerst untersuchen müssen, einerseits die Art und das Maß, sowie den Verlauf der Krankheit, anderseits die Körperbeschaffenheit, das Alter und den Grad der Schwäche des Kranken. Der Arzt hat aber nur die Art, das Maß und den Verlauf der Krankheit untersucht, die Untersuchung der Körperbeschaffenheit, des Alters und des Grades der Schwäche des Kranken dagegen unterlassen. Der Kranke ist gestorben, weil die Quantität des Morphiums bei seiner Körperbeschaffenheit zu stark war. Kann man in diesem Falle den Arzt für schuldlos halten? Nein!

Die Strafe ist ein Übel, nämlich die Vernichtung, Beraubung, Verletzung und Beschränkung sonst geschützter menschlicher Interessen. Die Gefährlichkeit der Strafe kann man mit der Gefährlichkeit des Morphiums vergleichen. Wie eine Quantität Morphium nur dann für den

---

[48]) Vgl. Mitteil. d. I. K. V. III. Jahrg. S. 264; den österreichischen Entwurf § 24; den schweizerischen Entwurf § 38: Der Richter bemißt die Strafe, die auf das Verbrechen angedroht ist, nach der Schuld, die Geldstrafe auch nach den Mitteln des Täters und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, München 1903, S. 29 ff. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, V. Bd., München 1907, S. 156: Das Verbrechen erscheint und verdient eine qualitativ schwerere Bestrafung, sofern es intensivere Verschuldung erweist. Dies ist bei einem Teil der Gewohnheits-, Gewerbs-, der rückfälligen und unverbesserlichen Verbrecher der Fall; sofern nämlich das Verbrechen eine erhöhte verbrecherische Qualität der Persönlichkeit des Strafwürdigen dartut.

Kranken günstig wirkend ist, wenn sie dem Zustande der Krankheit und der Körperbeschaffenheit des Kranken genau entspricht, so ist die Strafe nur dann berechtigt und gerecht, wenn sie nach der im Verbrechen verkörperten Schuld und der Eigenart des Täters bestimmt und bemessen wird. Demnach behaupte ich, daß man auf die Lösung dieser Frage nie verzichten darf, wenn man durch die Strafe nicht ein neues Unrecht begehen will.

Der Mensch ist in der Lage, die physische und psychische Eigenart des Menschen zu erforschen. Also muß er imstande sein, zu wissen, was für ein Übel für den Verbrecher physisch oder psychisch empfindlich und zweckmäßig ist. Er kann in dieser Weise eine Anzahl von Strafarten für eine bestimmte Eigenart des Verbrechers ausdenken. In ähnlicher Weise kann man eine Anzahl von Strafarten für diejenigen, welche in bestimmten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen leben, erdenken.[49]) Die Lösung dieser Aufgabe bedarf eines Zusammenarbeitens der Juristen und Mediziner.

§ 6.

Die sichernde Maßnahme für Vorbestrafte.

(Vorschlag einer Verwahrungsanstalt.)

I. Einleitung.

Wir müssen zugeben, daß es eine Menge von Sträflingen gibt, welche nach dem Verbüßen der Strafe wiederholt Verbrechen begehen. Zu diesen Sträflingen gehören die meisten gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher. Die Hauptursache dieser Rückfälle entsteht meines Erachtens teils aus den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, teils aus der Lückenhaftigkeit der heutigen Strafrechtspflege. Das Lückenhafte unserer Strafrechtspflege entsteht, wie bereits bemerkt, einerseits aus der mangelhaften Ermittelung des Verbrechens und Verbrechers, anderseits aus der machtlosen, ungenügenden Einrichtung der Strafvollstreckung.

Wenn man die Frage vom Standpunkt der Gemeingefährlichkeit und der praktischen Notwendigkeit betrachten will, so wäre es nicht ausreichend, bloß über den sogen. unverbesserlichen Verbrecher zu verhandeln. Die Gemeingefährlichkeit liegt in erster Linie in der wiederholten Begehung von Verbrechen. Wenn ausreichender Grund zu der Befürchtung vorhanden ist, daß ein Sträfling wiederholt ein Verbrechen begeht, so ist es notwendig, daß die Gesellschaft dem Begehen eines weiteren Verbrechens vorbeugt. In dieser Beziehung braucht man nicht

[49]) Die Frage: „Auf welche Weise kann der Vollzug der Freiheitsstrafen, insbesondere derjenigen von kurzer Dauer wirksamer gestaltet werden?“ ist auf der 5. Hauptversammlung der I. K.-V. zu Antwerpen beraten worden. Vgl. Mitteilung der I. K.-V., V. Bd., S. 95 ff.; S. 99 ff.; S. 195 ff.; S. 234 ff. Der österreichische Entwurf (§ 14) bestimmt eine besondere Behandlung für diejenigen Sträflinge, gegen welche eine strengere Strafe geboten ist. Vgl. ferner: Georg Gennat, Das Strafsystem und seine Reform, Hamburg 1905, S. 40: Die Unverbesserlichen erfordern besonders straffe Behandlung in eigenen Anstalten oder doch Anstaltsabteilungen, und längere Strafzeit, in schwersten Fällen event. lebenslängliche Einsperrung. Die Kost soll schmal, die Arbeit hart, die Disziplin eisern, Strafort nicht Arbeits-, sondern Zuchthaus, und Außenarbeit nur zulässig sein, wenn sie die Kräfte bis zum letzten erschöpft.

zu unterscheiden, ob dieser Sträfling schon gebessert oder noch nicht gebessert ist, oder ob er überhaupt unverbesserlich ist oder nicht.

Vor allem ist es notwendig, gewisse Verbrechen, welche unter allen Kriminalitäten den größten Prozentsatz bilden, und welche in der Regel sehr oft wiederholt begangen werden, auch daher gemeingefährlicher als andere sind, energisch zu bekämpfen. Unter ihnen verstehe ich Diebstahl, Betrug, Hehlerei, Raub und räuberische Erpressung und dergl.; da derartige Verbrechen meistens gewohnheitsmäßig und gewerbsmäßig begangen werden, und deren häufige Begehung eine große Gefährlichkeit für die Gesellschaft bildet. Wir können beispielsweise aus der deutschen Reichskriminalstatistik von 1906[50]) ersehen, daß derartige Verbrechen ziemlich oft im Verhältnis zu der Bevölkerung (59 576 000) begangen werden, und daß sie überhaupt einen hohen Prozentsatz, und zwar der Diebstahl den höchsten Prozentsatz in der ganzen Kriminalität bilden.

Rechtskräftige Entscheidungen im Jahre 1904			Von je 100 der genannten Verbrechen und Vergehen.		Von je 100 Verurteilten entfallen auf:
Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze überhaupt.	Personen.	Handlungen.	Personen.	Handlungen.	Vorbestrafte.
	516976	661082	100,0	100,0	42,6
1. Diebstahl	98882	111862	19,1	19,3	47,8
2. Qualifizierte Körperverletzung	98358	81536	19,0	13,3	42,7
3. Beleidigung	60913	87136	11,8	14,3	32,3
4. Leichte Körperverletzung	26775	30376	5,2	5,0	44,3
5. Betrug	25803	48104	5,0	7,9	60,2
6. Hausfriedensbruch	24707	32941	4,8	5,4	48,5
7. Unterschlagung	22404	32455	4,4	5,3	50,8
8. Sachbeschädigung	19496	22188	3,8	3,6	43,9
9. Gewalt und Drohung gegen Beamte	18821	17498	3,4	3,1	65,1
10. Hehlerei	7441	8826	1,4	1,4	42,0
11. Fälschung öffentlicher und anderer Urkunden	5788	9666	1,1	1,4	47,1
12. Unzucht u. Notzucht	5453	8557	1,1	1,4	45,0
13. Arrestbruch	1800	1766	0,3	0,3	47,0
14. Verletzung d. Eidpflicht	1200	1327	0,2	0,2	17,5
15. Raub und räuberische Erpressung	566	446	0,1	0,07	65,4
16. Schwere Körperverletzung	527	—	—	—	—
17. Brandstiftung	517	579	0,1	0,09	33,5

[50]) Vgl. Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich XXVII 1906. So versteht Mittelstädt unter Unverbesserlichen solche Individuen, welche gewisse Verbrechen (Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Meineid, Brandstiftung und Sittlichkeitsverbrechen) wiederholt verüben.

Digitized by Google

Die Ziffer, welche weniger als 1/1000 der ganzen Kriminalität ausmachen, sind hier nicht angeführt.

Trotzdem der Prozentsatz der Körperverletzung und Beleidigung auch sehr hoch ist, betrachte ich diese zwei nicht als so gemeingefährliche Verbrechen wie Diebstahl, Betrug, Hehlerei und dergl. Als Grund hierfür stelle ich folgende zwei bedeutende Punkte auf:

1. Die Beleidigung, Körperverletzung und dergl. beziehen sich mehr auf Privatinteressen als auf öffentliche Interessen, und sie sind meistens entweder Antragsdelikte (§§ 194, 232 StGB.) oder diesen ähnliche Vergehen, da die Beleidigung und die leichte Körperverletzung Antragsdelikte sind, und die qualifizierte Körperverletzung (nicht Antragsdelikt) auch eine leichte Körperverletzung (Vergehen) ist. Der Prozentsatz der schweren Körperverletzung (Verbrechen) ist in der Statistik sehr gering. (Siehe vorstehenden Plan.)

2. Obwohl der Angeklagte selbstverständlich einer von ihm begangenen Beleidigung oder Körperverletzung etc. schuldig ist, erscheint die Ursache zu diesen Delikten in den meisten Fällen mehr oder weniger vom Verletzten selbst geschaffen, oder es hat der Verletzte gewöhnlich irgend eine Mitschuld daran, wie man aus der Praxis weiß.

Dagegen sind Diebstahl, Betrug und dergl. keine Antragsdelikte. Der Verletzte hat gar keine Schuld daran. Sie bilden eine Gemeingefährlichkeit für alle Menschen, demnach besteht die allgemeine Notwendigkeit, sie auf irgend eine Weise möglichst vollständig zu bekämpfen.[51]) Außerdem glaube ich, daß der Prozentsatz des Diebstahls und dergl. in Wirklichkeit noch bedeutend größer ist, als ihn die Kriminalstatistik zeigt. Denn diese Verbrechen, insbesondere der Diebstahl, gehören zu einem besonderen Verbrechen, welches wegen Unbekanntbleibens desselben und des Täters häufig nicht bestraft wird. Dies ist meines Erachtens ein wichtiger Grund, daß derartige Verbrechen gewerbsmäßig begangen werden.

Vom eben erwähnten Standpunkt aus erörtere ich hier hauptsächlich die Bekämpfung des Diebstahls, Betrugs, der Hehlerei, des Raubs u. dergl. Demnach werde ich die verwaltungsrechtliche Behandlung des Vorbestraften, von welchem man sicher annehmen kann, daß er wiederholt ein bestimmtes Verbrechen (Diebstahl, Betrug u. dergl.) begehen wird, erörtern.

II. Vorschlag einer Verwahrungsanstalt.

1. Es ist meine Überzeugung, daß die oben oft erwähnte Strafe einen kraftvollen und vollständigen Einfluß auf den Verbrecher ausüben wird. Infolgedessen glaube ich, daß derjenige, welcher einmal eine seiner Schuld und Eigenart angepaßte Strafe verbüßt hat, sich fest entschließen wird, nie mehr ein Verbrechen zu begehen. Trotzdem muß ich die Möglichkeit einräumen, daß es Fälle geben kann, in welchen der Vorbestrafte nach Verbüßung der Strafe wiederholt Verbrechen begeht.

Die Not des täglichen Lebens, insbesondere ungünstige gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse, treiben Tausende zur Begehung von Verbrechen. Ich stimme in diesem Punkte der Behauptung der Ver-

[51]) So versteht Mittelstädt unter Unverbesserlichen solche Individuen, welche gewisse Verbrechen (Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Meineid, Brandstiftung und Sittlichkeitsverbrechen) wiederholt verüben.

Digitized by Google

treter der soziologisehen Sehule bei, daß die gesellschaftliehen Faktoren des Verbreehens ungleich bedeutsamer sind als die individuellen Faktoren. Zwei berühmte Maximen im Osten hierzu lauten: „Wenn die Seheune voll ist, so weiß man, was Sittlichkeit und Ordnung ist; wenn man genug zu essen hat und sich kleiden kann, so weiß man, was rühmlieh und was schändlich ist" (Kuantzu, † 645 v. Chr.)[52]) und: „Wer kein stätiges Vermögen, aber doch stätigen Halt hat, ist ein achtbarer Mann. Wenn das gewöhnliche Volk kein stätiges Vermögen hat, so hat es auch keinen stätigen Halt; wenn man keinen stätigen Halt ha, so kann man leicht auf lasterhafte und ausschweifende Wege geraten und man wird alle möglichen Handlungen tun" (Mencius ea. 400 v. Chr.).[53]) Diese Maximen reehtfertigen die eben genannte Behauptung der soziologischen Schule. Daß nicht nur das Verbrechen gegen das Vermögen, sondern auch der größte Teil aller Verbrechen überhaupt von Armen begangen werden, ist allgemein bekannt. Dies kann man am besten aus der Kriminalstatistik von Österreich ersehen.

Kriminalstatistik von Österreich.[54])

Im Jahre	Bevölkerung	Verbrechen überhaupt	darunter Diebstahl	Vermögensverhältnis.		
				vermögenslos	mit einigem Vermögen	wohlhabend
1886	22,864,800	29,706	14,270	26,539	3,000	167
1887	23,650,000	28,745	13,651	25,825	2,810	111
1888	23,337,368	28,112	13,651	25,353	2,611	143
1889	23,442,500	28,516	14,511	25,831	2,574	111
1890	23,634,863	29,090	14,266	26,324	2,633	133
1891	23,819,928	28,733	14,291	25,670	2,623	140
1892	24,016,601	30,867	16,245	27,547	3,176	144
1893	24,222,636	28,498	13,659	25,364	3,024	110
1894	24,444,128	30,136	14,165	27,047	2,986	100
1895	24,663,170	28,709	13,281	25,847	2,762	100
1896	24,918,971	28,898	13,064	24,962	3,764	172
1897	25,195,015	29,652	13,682	25,489	4,022	141
1898	25,269,478	34,449	16,110	29,584	4,738	127
1899	25,744,795	33,663	14,658	29,173	4,367	123
1900	25,632,805	33,567	14,411	29,638	3,805	104
1901	26,432,434	36,317	16,034	32,231	3,955	109
1902	26,483,117	35,495	15,806	31,625	3,769	101
1903	26,741,693	33,940	15,113	30,162	3,688	90
1904	27,011,760	34,202	15,807	30,411	3,707	84

Daß auch unbedeutendes Fallen und Steigen der Getreidepreise zu der Verminderung und Vermehrung der Verbrechen gegen das Vermögen einen großen Anlaß geben kann, ist wissenschaftlieh nachgewiesen.[55])

[52]) Kuantzu (ein Buch über Kuantzu, einen Sittenlehrer).

[53]) Mencius Bd. I. (Bücher über Mencius, einen Sittenlehrer.)

[54]) Dieser Plan ist nach dem österreichischen statistischen Jahrbuch 7.—26. Jahrgang aufgestellt.

[55]) Vgl. Herrmann Berg, Getreidepreise und Kriminalität in Deutschland seit 1882—1889. Berlin 1902, insbesondere S. 12: Die Übereinstimmung der Bewegung der Getreidepreise mit derjenigen der einzelnen Diebstahlskarten, sowie des Diebstahls überhaupt ist frappant.

Da nun die gesellschaftlichen Faktoren des Verbrechens so groß sind, so ist es verständlich, daß nicht nur eine Menge Vorbestrafter, sondern auch eine Anzahl bisher unbestrafter Bürger durch die aus den gesellschaftlichen Verhältnissen entspringenden Antriebe sich leicht zu Verbrechen treiben lassen, wie dies denn auch tatsächlich der Fall ist.

2. Indessen muß ich hier betonen, daß bei Vorbestraften die Möglichkeit größer ist als bei Nichtvorbestraften, infolge solcher Antriebe zum Verbrechen dem Reiz zu unterliegen und zwar auch, wenn die Strafe auf die Vorbestraften einen guten Einfluß ausgeübt hatte. Den Grund dafür sehe ich im folgenden:

a) Während der Vorbestrafte die Ehre seiner Unbescholtenheit infolge der Bestrafung verloren hat, genießt der Nichtvorbestrafte die Ehre einer unbescholtenen Person.

b) Der Vorbestrafte weiß gewöhnlich besser als der Nichtvorbestrafte, wie mangelhaft die heutige Ermittlung des Verbrechens ist, also weiß er sehr wohl, daß die Möglichkeit groß ist, daß sein Verbrechen und er selbst unentdeckt bleiben, daß er fliehen kann, oder daß er wegen Mangel an Beweisen freigesprochen wird.

c) In dem Vorbestraften ist durch das Verbrechen ein gewisser Reiz zu dessen weiteren Begehung entwickelt, da ihm nicht selten ein Lustgefühl hierfür zurückgeblieben ist.

d) Der Vorbestrafte hat manchmal eine spezielle Veranlagung oder Gewandtheit zur Ausübung des Verbrechens.

e) Zuletzt muß man einräumen, daß es Fälle gibt, in welchen der Verbrecher wegen nicht genügender Beweismittel die seiner Schuld und seiner Eigenart etc. entsprechende Strafe nicht erhält.

Der letztere Fall kommt sehr oft vor, da man mehr dazu neigt, leichtere Strafen innerhalb des Strafrahmens auszusprechen als schwerere. Diese Möglichkeit wird dadurch vergrößert, daß die Art und das Maß der Strafe teilweise nach der Schuld des Täters, teilweise nach seiner Eigenart und den besonderen Verhältnissen bestimmt und bemessen werden müssen. Denn die Eigenart usw. des Täters ist in den meisten Fällen wegen Mangels an Beweismitteln schwer zu beurteilen, und sie ist auch durch richterliche Vernehmungen nicht leicht zu erkennen.[56])

3. Der Vorbestrafte lebt meistens in ungünstigeren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als andere. Er hat infolge der Bestrafung die Ehre einer unbescholtenen Person verloren. Dadurch ist er in jeder Beziehung schwer imstande, mit dem Nichtvorbestraften gesellschaftlich und wirtschaftlich in Wettbewerb zu treten. Ferner ist der Vorbestrafte meistens ärmer als andere, also muß er immer mit der Not des täglichen Lebens kämpfen, und dieser Kampf ist sehr schwer für ihn. Außerdem kann man unter Verbrechern auch arme Menschen finden, welche nicht so viel Geld verdienen können, als sie zum Leben brauchen, weil sie keine genügenden Fähigkeiten zur Arbeit haben oder keine ge-

[56]) Wenn man bei dem der Schuld und der Eigenart usw. des Verbrechers nicht entsprechenden Urteil unter gewissen Bedingungen eine nachträgliche Revision des Urteils zulassen würde, wie es wünschenswert ist, so könnte man die Anzahl der eben genannten Fälle in gewissem Maße verringern, aber keine Gesetzgebung ist imstande, diese Fälle zu beseitigen, da es bestimmte Bedingungen nicht immer oder vielmehr sehr selten gibt.

nügende Arbeit bekommen. Trotzdem müssen sie leben. Ein Blick in alle diese Verhältnisse läßt uns mit vollständiger Klarheit erkennen, wie die Not des täglichen Lebens den Vorbestraften zur wiederholten Begehung von Verbrechen antreibt. Wie dieser gesellschaftliche Antrieb zum Verbrechen bei ihm stark und nachhaltig wirkt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Außerdem hat der Vorbestrafte gewöhnlich verbrecherische Freunde. Daß diese auch dem Vorbestraften, welcher seine Tat bereut hat, neue Versuchungen zum Verbrechen bieten, oder den oben erwähnten Antrieb noch verstärken, ist ebenfalls nicht selten.

4. Der Zustand der Vorbestraften ist oft sehr bedauernswert. Er hat durch die Verbüßung der Strafe ein stark abhaltendes Motiv empfangen, und er wäre möglicherweise fest entschlossen, nie mehr ein Verbrechen zu begehen. Jetzt treibt ihn die dringende Not mit unwiderstehlicher Kraft zur neuen Begehung von Verbrechen. Vielleicht müßte er nochmals die bittere Strafe verbüßen! Gibt es kein Mittel, ihn aus dieser schlimmen Lage zu retten? Hat nicht die Gesellschaft, der Staat die Pflicht, ihn zu retten und zu schützen?

Die große Wahrscheinlichkeit wiederholter Begehung von Verbrechen durch Vorbestrafte und die mächtigen Antriebe zum Verbrechen lassen uns mit erschreckender Deutlichkeit erkennen, daß das Wohl der Gesellschaft durch Vorbestrafte gefährdet wird. Hat der Staat, die Gesellschaft kein Recht, gegen diese Gemeingefährlichkeit sich zu schützen? Wie man aus eben Erwähntem schließen und in der Tat sehr oft beobachten kann, gibt es eine Menge Vorbestrafter, welche bald nach der Verbüßung der Strafe wiederum ein Verbrechen begehen. Kann der Staat, die Gesellschaft eine passende Maßregel gegen diese Vorbestraften nicht treffen?

Um einerseits eine Menge der Vorbestraften aus ihrem schlimmen Zustande zu retten und anderseits die Gesellschaft vor ihrer Gemeingefährlichkeit zu schützen, schlage ich eine Einrichtung, die Verwahrungsanstalt vor.

III. Zweck der Verwahrungsanstalt.

1. Der Hauptzweck der Verwahrung ist die Rettung der Vorbestraften aus ihrer schlimmen Lage, und der Nebenzweck derselben ist der Schutz der Gesellschaft vor Gemeingefährlichkeit.

Die Hauptaufgabe der Verwahrungsanstalt ist der des Armenhauses und Arbeitshauses ähnlich. Aber hier muß man hauptsächlich die künstliche Anpassung als Endzweck bezeichnen. Deshalb muß man durch sittliche Erziehung die Eigenart des Sträflings zu bessern und durch gewerbliche Erziehung seine Arbeitsfähigkeit zu heben suchen, damit er wieder als ein guter Bürger leben kann. Also bezweckt die Verwahrung die Einlenkung in ein regelmäßiges, geordnetes, ehrliches Leben. Wenn ein Vorbestrafter, welcher einmal in der Verwahrungsanstalt aufgenommen und dann als angepaßt entlassen worden ist, bei der Gesellschaft deswegen willkommen ist, weil von der Anstalt in Beziehung auf seine sittliche Eigenart und gewerbliche Fähigkeit für ihn Gewähr geleistet wird, so ist der Zweck der Verwahrungsanstalt erreicht.

2. Der Nebenzweck der Verwahrung aber ist dem Zweck der Unschädlichmachung des soziologischen Strafrechts ähnlich. Hier möchte ich jedoch den großen Unterschied zwischen diesen beiden betonen.

Digitized by Google

Ich bestreite das Dasein unverbesserlicher Verbrecher und die Notwendigkeit der Unschädlichmachung durch Strafe. Nur deswegen schlage ich die neue Einrichtung einer Verwahrungsanstalt vor, weil die aus den gesellschaftlichen Verhältnissen entspringenden Antriebe zum Verbrechen sehr groß sind, und der Vorbestrafte von diesen Antrieben leichter in Versuchung geführt wird als andere. Dagegen schlage ich sie nicht etwa deswegen vor, weil der Vorbestrafte eine verbrecherische Eigenart hat. Die Verwahrung bezweckt die Beseitigung oder die Verminderung der den Vorbestraften umgebenden ungünstigen gesellschaftlichen Verhältnisse; kurz gesagt: die Verwahrung bezweckt die Beseitigung oder die Verminderung der ihn quälenden Not. Die Sicherung der Gesellschaft ist nur eine indirekte Wirkung, welche durch die Ausführung des Hauptzweckes der Verwahrung mit herbeigeführt wird.

3. Die Verwahrung ist keine Strafe und soll auch keineswegs eine solche sein. Sie ist kein Übel für das Verbrechen[57]) und soll auch keineswegs ein solches beabsichtigen. Daher muß mit aller Vorsicht verfahren werden, damit der Betreffende die Verwahrung nicht als ein solches Übel (Strafe) empfindet. Sofern es dem Zweck der Verwahrung nicht entgegenwirkt, müssen dem Verwahrten alle Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten gewährt werden, soweit dieselben dem zu Verwahrenden zukommen und er sich diese mit seinem Vermögen, insbesondere mit seinem erarbeiteten und ersparten Gelde bieten kann.

Dagegen muß die Strafe immer eine „Strafe" im vollen Sinne des Wortes sein, ein wirksames Übel, wie das früher öfters erwähnt ist.

IV. Die Behandlung der Verbrecher in der Verwahrungsanstalt durch die mit ihr verwandten Organe.

Einen Erfolg zur Bekämpfung des Verbrechens kann man erst dann erwarten, wenn die Ermittlungsorgane, das Strafgericht, die Straf- und die Verwahrungsanstalt organisch verbunden sind und zusammen arbeiten. Freilich bedarf es hierüber noch einer weiteren Erörterung. An dieser Stelle möchte ich aber nur die Grundzüge der Behandlung der Verbrecher durch die genannten vier Organe ganz kurz schildern.

1. Die Ermittlungsorgane für Verbrechen müssen darnach streben, daß jeder Verbrecher bestraft wird, damit die Strafdrohung nicht entkräftet wird. Diese Organe müssen nach Kräften dem Strafgerichte darin behilflich sein, daß sie nicht nur den äußeren Erfolg, sondern auch die Eigenart usw. des Täters ermitteln. Demnach müssen diese Organe insbesondere die folgenden Punkte bei den Verbrechern ermitteln.

a) Den Erfolg der Tat und die sich auf sie direkt beziehenden Tatsachen.
b) Die Eigenart und das Vorleben des Täters.
c) Die Arbeitskraft und Arbeitsfähigkeit des Täters, und ob er arbeitswillig ist.
d) Die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse usw. des Täters und seiner Familie.

---

[57]) Daher ist sie von der Verwahrung des österreich. und des schweiz. Entwurfs und des norweg. Strafrechts ganz verschieden, weil bei den drei letztgenannten Gesetzgebungen die Verwahrung als Haupt- oder Nebenstrafe für begangene Verbrechen verhängt wird. Vgl. § 36 d. österr. Entwurfs; Art. 29, 30 des schweiz. Entwurfs; § 65 des norweg. Strafges.

e) Die Gesellschaft, in welcher der Täter sich befunden hat, und künftighin befinden wird.
f) Den persönlichen Verkehr des Täters.

2. Das Strafgericht muß, wie schon oft erwähnt, sein Urteil der Sachlage anpassen, so daß die Art und das Maß der Strafe nach der Schuld und Eigenart usw. bestimmt und bemessen werden.

3. Der Verurteilte wird mit den Akten, welche seine Schuld und Eigenart usw. erkennen lassen, in die Strafanstalt gebracht, damit er in erster Linie die im Strafurteil ausgesprochene Strafe verbüße, und damit in zweiter Linie die weitere Untersuchung über seine unter Nr. 1 dieses Kapitels erwähnten Verhältnisse, Eigenart, Arbeitskraft und Arbeitswille usw. bis zum Ende der Strafvollstreckung fortgesetzt werde. Die Strafanstalt kann im Laufe der Zeit am besten dies alles untersuchen, da deren Beamte während der ganzen Strafvollstreckung in Ausführung ihres Amtes die Eigenart und alle Verhältnisse des Verurteilten direkt kennen lernen können, woraus man dann Schlüsse ziehen kann, ob seine Aufnahme in die Verwahrungsanstalt notwendig ist oder nicht. Natürlich müssen die Verwaltungsbehörden, vor allem die Polizeibehörden, bei dieser Untersuchung mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln mitwirken.

Bei Beendigung der Strafvollstreckung tritt eine Kommission zusammen, zu welcher der Direktor der Strafanstalt und die Vorstände ihrer Abteilungen gehören sollen. Die Kommission hat darüber zu beschließen, ob die Aufnahme in die Verwahrungsanstalt für den Sträfling notwendig ist oder nicht. Auf Grund dieses Beschlusses wird ein Antrag von dem Direktor der Strafanstalt an die Staatsanwaltschaft, welche die Strafvollstreckung zu kontrollieren berechtigt ist, eingereicht. Die Staatsanwaltschaft beschließt nach freiem Ermessen, ob der Betreffende sofort entlassen werde, oder ob er auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in die Verwahrungsanstalt aufgenommen werden soll. Natürlich muß dem Verwahrten, gegen den die Verwahrung aussprechenden Beschluß eine Beschwerde an das Gericht gewährt werden.[58])

4. Der zu Verwahrende wird mit allen Akten, welche sich in der Strafanstalt befinden, in die Verwahrungsanstalt eingeliefert, damit die weitere Untersuchung seiner Individualität, seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, seiner Gesellschaft usw. fortgesetzt werden kann. Am Ende der Verwahrungszeit soll eine Spezialkommission zusammentreten, welche aus dem Präsidenten der Verwahrungsanstalt und ihren Abteilungsvorständen gebildet wird. Sie hat zu beschließen, ob der Betreffende die volle Fähigkeit erlangt hat, in Zukunft ein regelmäßiges und ehrliches Leben in der Gesellschaft zu führen, oder ob noch weitere Verwahrung notwendig ist.

Viermal im Jahre werden Generalkommissionen abgehalten, welche beschließen, ob einem Verwahrten die Fähigkeit zuzusprechen ist, künftig ein regelmäßiges und ordentliches Leben in der Gesellschaft zu führen.

Die Staatsanwaltschaft beschließt über den Antrag der Verwahrungsanstalt, welcher auf dem Beschluß der General- oder Spezialkommission

---

[58]) Daher ist der Verwahrungsbeschluß von derjenigen Verurteilung, welche die Verwahrungsstrafe des schweiz., des österreich. Entwurfs und des norweg. Strafgesetzbuches ausspricht, auch im Punkte des Verfahrens ganz verschieden; während der Verwahrungsbeschluß am Ende der Strafzeit gefällt wird, wird die Verwahrungsstrafe dem Betreffenden zudiktiert, bevor er in die Strafanstalt eingeliefert wird.

beruht, daß der Betreffende probeweise oder endgültig entlassen oder noch weiter verwahrt werden soll. Gegen den weitere Verwahrung anordnenden Beschluß steht dem Verwahrten die Beschwerde an das Gericht zu.

Kriminalstatistik des Deutschen Reichs.

Im Jahre	Bevölkerung (in 100)	Verbrechen und Vergehen gegen d. R.St. G. B. überhaupt	Diebstahl	Von je 100 Verurteilten entfallen auf:	
				Vorbestrafte überhaupt	Vorbestrafte Diebe
1885	46,855	343,087	—	—	—
1886	47,102	353,000	88,816	—	—
1887	47,540	356,357	85,407	28,9	37,2
1888	48,019	350,665	84,377	29,3	37,1
1889	48,717	369,644	93,242	31,3	38,2
1890	49,241	381,450	92,725	32,8	39,1
1891	49,762	391,064	97,933	34,0	40,0
1892	50,266	422,327	109,195	34,7	40,6
1893	50,757	430,403	95,755	35,2	42,4
1894	51,389	446,110	95,459	36,9	43,8
1895	52,001	454,211	93,044	41,0	42,4
1896	52,753	436,999	91,147	38,9	45,0
1897	53,569	463,585	98,429	39,7	44,9
1898	54,406	477,807	97,201	40,2	45,6
1899	55,248	478,139	92,958	40,8	46,2
1900	56,046	469,819	94,801	41,3	45,8
1901	56,871	497,310	101,558	42,1	47,1
1902	57,746	512,329	103,875	42,7	42,2
1903	58,576	505,353	100,857	43,5	48,0
1904	59,391	516,976	98,882	43,6	47,8

Streitfragen aus der deutschen RStPO. unter Berücksichtigung der Reformkommissonsbeschlüsse.

Praktische Beiträge als Versuch einer Fortsetzung der Kontroversen von Voitus.

Von Landrichter Dr. H. Voß, Hamburg.

II.

Zur Frage der Anwendung des § 81 StPO., insbesondere im Wiederaufnahme-Verfahren.

Daß die von dem W.-Antragsteller aufgestellte Behauptung, er habe die Tat in geisteskrankem Zustande i. S. des § 51 StGB. begangen, wenn auch nur als wahrscheinlich bezeichnet, die Beibringung einer neuen Tatsache i. S. des § 399[5] StPO. darstellt, kann nicht zweifelhaft sein, da diese Tatsache allein die Freisprechung des Verurteilten zu begründen geeignet ist (cf. Fuchs in diesem Archiv Bd. 53 pg. 297 und in Deutsche Juristen-Z.

1906 pg. 425/426.) Zweifeln dagegen kann begegnen und begegnet, ob die der Aufklärung der geistigen Beschaffenheit des Täters dienende Maßregel des § 81 StPO. auch im W.-V. zur Anwendung gelangen darf.

In der letzten Ausgabe des Löweschen Kommentars von Hellweg (Anm. 2 zu § 81) wird gesagt, daß die angegebene Maßregel nicht im vorbereitenden Verfahren und nicht nach rechtskräftigem Urteil oder gleichstehenden Entscheidungen, sonst aber in jedem Stadium der Untersuchung verhängt werden dürfe. Dafür wird Bezug genommen auf einen Beschluß des OLG. München vom 23. Okt. 1897 (Sammlg. IX 377 ff.). Dieses Gericht hat sich dahin ausgesprochen, daß wegen des im Gesetze stehenden Ausdrucks „Angeschuldigter" eine Beobachtung auf Grund des § 81 StPO. erst nach Erhebung der öffentlichen Klage und später auch nach Abschluß der Voruntersuchung zulässig sei, da gegen einen Geisteskranken weder das Hauptverfahren eröffnet werden noch eine Hauptverhandlung stattfinden könne, daß dagegen nach rechtskräftigem Urteil die Befugnis des Gerichts aus § 81 l. c. erlösche, da nunmehr die Staatsanwaltschaft oder der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde in der Lage seien, die Vollstreckung aufzuschieben oder den Transport in eine Irrenanstalt nötigenfalls anzuordnen.

Lehrbücher und Kommentare stimmen mit Ausnahme von John I pg. 709 in der Verneinung der Maßregel für das vorbereitende Verfahren überein, sprechen sich aber über ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit in den weiteren Prozeßstadien und besonders im W.-V. nicht bestimmt und unmißverständlich aus. Hellweg-Dochow (4. A. 1890 pg. 233) hält die Maßregel für zulässig „im Laufe einer gerichtlichen Untersuchung", Ullmann (pg. 354) „innerhalb des Prozesses", Puchelt (pg. 181) „in der Voruntersuchung und nach Einreichung der Anklageschrift", Kolisch (pg. 260/61) „nur in der Untersuchung", „auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens und selbst in der Hauptverhandlung", Stenglein (Komm. 3. A. pg. 216) „in allen Stadien des Verfahrens", Stenglein (Lehrbuch pg. 204) „erst nach Erhebung der öffentlichen Klage", Rintelen (Strafprozeß pg. 777) „nach Erhebung der öffentlichen Klage oder nach Eröffnung des Hauptverfahrens", John (a. a. O.) „nicht nur während des Vorverfahrens, sondern auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens", „auch während der Hauptverhandlung", Löwe (in früheren Aufl.) „nur in der Untersuchung", „in jedem Stadium der Untersuchung", v. Marck-Kloß (Staatsanwaltsch. 2. A. pg. 195) „nur in Voruntersuchung und Hauptverfahren". Andere Schriftsteller, wie z. B. Geyer in Holtzendorffs Handbuch I pg. 256 oder Glaser, Handbuch I pg. 720 f. äußern sich noch unbestimmter oder gar nicht über diese Frage.

Die Meinung der aufgeführten Schriftsteller wird, wenn unter „Untersuchung" im technischen Sinne sowohl Voruntersuchung wie Hauptverfahren bis zur abschließenden Entscheidung verstanden wird (Rosenfeld, Reichsstrafproz. 2. A. pg. 42), als darin konform bezeichnet werden können, daß die Vorschrift des § 81 l. c. auch gegenüber einem „Angeklagten" i. S. des § 155 StPO. zur Anwendung kommen darf. In der Präzisierung der Ansicht von Kolisch und John ist dann aber zum Ausdruck gebracht, daß mit dem Schlusse der Hauptverhandlung (erster Instanz?) durch Verkündung einer Entscheidung i. S. des § 267 StPO. die Möglichkeit einer Anwendung des § 81 aufhört. Ullmanns Auffassung, ausgelegt als „innerhalb des Prozesses überhaupt", würde nicht nur

Digitized by Google

nicht gegen die Anwendung des § 81 im Rechtsmittel- und W.-V. sein, da weder das erstinstanzliche noch das drittinstanzliche noch das im W.-V. ergangene Urteil den Prozeß unbedingt und absolut erledigt, sondern auch nicht einmal im Vorverfahren die gen. Maßregel verbieten, denn der Strafprozeß als solcher beginnt mit dem Vorverfahren. Diese letzte Deutung hat U. jedoch selbst ausgeschlossen, indem er a. a. O. in der Anmerkung den § 81 für das Vorverfahren ablehnt. In ähnlichem Sinne könnte Stengleins Ansicht gedeutet werden, denn zu den „Stadien des Verfahrens" gehört auch das Rechtsmittel-, das W.-, das Strafvollstreckungs-Verfahren. Auch die Formulierung von Hellweg-Dochow schließt die Annahme eine erweiterten Anwendung des § 81 nicht aus: „Eine gerichtliche Untersuchung" ist auch eine gemäß § 409 StPO. geführte! — Von allen Schriftstellern aber — und auch in der Praxis der Gerichte — wird auf den Ausdruck „Angeschuldigter" im Gegensatz zu dem Ausdruck „Beschuldigter" besonderes Gewicht gelegt. Rein terminologisch wird aber, soweit jenseits der Hauptverhandlung die Anwendung des § 81 ausgeschlossen wird, eine Inkonsequenz begangen, denn wenn der Angeschuldigte in der Hauptverhandlung, also der „Angeklagte" noch der Maßregel aus § 81 ausgesetzt sein soll, so ist nicht einzusehen, warum er ihr als „Angeklagter" nach der Hauptverhandlung entzogen sein soll. Terminologisch existiert doch nur ein „Angeklagter". Den in der 1. bezw. 2. Instanz Verurteilten oder Freigesprochenen bezeichnet die StPO. in ihren §§ 354—398 durchweg als „Angeklagten". In dem Abschnitt über das W.-V. verwendet die StPO. die Ausdrücke „Verurteilter" und „Angeklagter" promiscue, nämlich diesen Ausdruck in den §§ 402 (W.-V. zu Ungunsten), 406 (allgem. Erfordernisse jedes W.-Antrags), 409 (Gehörpflicht nach Schluß des W.-Vorverf.), jenen Ausdruck in den §§ 399 (W. zugunsten), 401 (Einflußlosigkeit von Tod oder Strafvollstreckung), 411 (Entscheidung ohne Hauptverhandlung), 413 (Verbot der ref. in peius bei W. zugunsten). Daß die beiden Ausdrücke nicht allein im Sinne eines zu Strafe Verurteilten und eines von Strafe Freigesprochenen gesetzt sind, ergibt einmal die die allgemeinen Voraussetzungen jedes W.-Antrages regelnde Norm des § 406 StPO., die „von dem Angeklagten" spricht, zum andern die spezielle Vorschrift in den §§ 399, 402 l. c., wonach die Zulässigkeit des W.-V. nicht auf den Fall der völligen Freisprechung (im weitesten Sinne des praktischen Effekts, cf. dieses Arch. 53 pg. 433 f.) als Voraussetzung oder Ziel beschränkt ist, sondern auch die schwerere oder leichtere Qualifizierung der Tat mitumfaßt. Danach ist unrichtig, wenn Stenglein in seinem Kommentar zu § 155 StPO. sub 1 Abs. 3 sagt: „Angekl. ist der Verfolgte von Eröffnung des Hauptverfahrens bis zur Rechtskraft des Urteils . ." Unklar drückt sich Bennecke (Lehrbuch 2. A. pg. 118) aus: „Nach der Rechtskraft des Urteils ist er eventuell der Verurteilte."

Wenn man also eine terminologische Argumentation überhaupt gelten lassen will, dann ist „Angeschuldigter" im Sinne des § 81 StPO. der Angeklagte auch im W.-V. Eine solche Argumentation zum Zwecke der Erforschung des Gesetzeswillens ist indes nur dann zulässig, wenn eine feste, überall beobachtete Terminologie im Gesetze besteht (cf. Wach, Handb. pg. 285). Das ist aber bei der StPO. noch weniger als bei der ZPO. der Fall. Es ist verkehrt, dem „Angesch." und „Angekl." terminologische Bedeutung zuzusprechen, sie aber beim „Beschuldigten"

Digitized by Google

zu verneinen (so Bennecke a. a. O.). Abgesehen davon, daß im § 102 StPO. noch der terminus des „Verdächtigen“ eingeführt wird, werden sonst die Ausdrücke: „Beschuldigter“ — „Angeschuldigter“ — „Angeklagter“ — außer in den Abschnitten über die Voruntersuchung und die Hauptverhandlung im Gesetze nicht auseinandergehalten wie z. B. im § 139 StPO., wo „Angeklagten“ offenbar den „Beschuldigten“ mit umfassen soll (so John, Komment. I 982, II 298, dagegen Daude, StPO. 5. A, pg. 80 und früher auch Loewe). Rein terminologisch würde zu sagen sein: einen „Angeklagten“, der nicht „Beschuldigter“ ist, gibt es im Gesetze ebensowenig als einen „Angeschuldigten“, der nicht „Verdächtiger“ oder „Beschuldigter“ ist. Aus dem inneren Zusammenhang des Gesetzes würde zu entnehmen sein: Wenn § 137 StPO. eine Verteidigung des „Beschuldigten“ in jeder Lage des Verfahrens zuläßt, so ist unerfindlich und widersinnig, weshalb § 139 l. c. diese klare Vorschrift bei der Substituten-Verteidigung für das der Eröffnung des Hauptverfahrens vorangehende Prozeßstadium wieder aufheben sollte. Schon hieraus kann gefolgert werden — was übrigens auch sonst zu Tage tritt —, daß die im § 155 StPO. aufgestellte Interpretationsregel im Gesetze nicht zur Durchführung gelangt ist (cf. Binding, Grundriß pg. 110 und Bennecke a. a. O.). Der Entwurf der Reformkommission hat auf ihre Durchführung ebenfalls kein Gewicht gelegt. Da aber bei nicht konsequenter Beobachtung eines terminus dieser überhaupt wertlos ist, so dürfte sich die Streichung des § 155 l. c. empfehlen und eine einheitliche Bezeichnung des Verfolgten — sei es als Beschuldigten, als Angesch. oder als Angeklagten — de lege ferenda einzuführen sein.

Es fragt sich nun, wie sich die ratio der Norm des § 81 StNO. zum obigen Resultat ihrer grammatischen Auslegung verhält. Nicht unwichtiges Material für die Beantwortung dieser Frage findet sich in den Äußerungen der Abgeordneten der Reichstags-Kommission. Der Grundgedanke, daß bei zweifelhaftem Geisteszustande eines Delinquenten ohne dessen längere Beobachtung in einer Irrenanstalt Klarheit nicht zu gewinnen ist, ging vom Abg. Dr. Zinn aus. Er formulierte seine Ansicht so: „Auf Verlangen eines Sachverständigen kann der Angeschuldigte zum Zwecke der Beobachtung in eine Irrenanstalt gebracht werden, wenn dies zur Beobachtung seines Geisteszustandes nötig erscheint.“ Dieser Fassung wurde nicht widersprochen (Hahn, Mat. I 620). Bei der 2. Lesung brachte Dr. Zinn denselben Gedanken in folgender Form vor: „Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand des Angeschuldigten kann das Gericht auf Antrag eines Sachverständigen nach Anhörung des erforderlichenfalls amtlich zu bestellenden Verteidigers anordnen, daß der Angeschuldigte in eine Irrenanstalt gebracht und dort beobachtet werde. Es findet sofortige Beschwerde statt, dieselbe hat aufschiebende Wirkung.“ Die Abgeordneten Herz, Klotz und Eysoldt beantragten Streichung des ganzen Paragraphen, eventuell Einfügung der Worte: a) (des) verhafteten (Angeschuldigten) — b) (eines sachverständigen) Irrenarztes ... c) (der Angeschuldigte) auf die Dauer von höchstens 6 Wochen. Der Abgeordnete Thilo beantragte Einfügung des Wortes: (daß der Angeschuldigte in eine) öffentliche (Irrenanstalt) . . ., Dr. Mayer — die Hinzufügung der Frist wie sub c. Dr. Zinn begründete die Abänderung seines Antrages damit, daß er einigen Bedenken in Bezug auf die Möglichkeit von Mißbräuchen habe abhelfen wollen. Er habe des-

halb auch statt „Beschuldigten“ „Angeschuldigten“ gesagt, um die Vorschrift auf den Fall der erhobenen öffentlichen Klage, wo also bereits dringende Verdachtsgründe gegen den zu Beobachtenden vorlägen, zu beschränken. Dagegen wurde vom Abgeordneten Eysoldt eingewandt, daß der Vorschlag nützlich sei, aber die bürgerliche Freiheit verletze, denn die Irrenanstalt-Internierung sei nichts weiter als eine „besonders gestaltete Art der Untersuchungshaft“, nicht wie diese „mit Kautelen umgeben“. Die „Anhörung“ des Verteidigers genüge nicht als Garantie dafür, daß von der Vorschrift nur im Interesse des Angeschuldigten, d. h. zur Verhütung einer ungerechten Verurteilung Gebrauch gemacht werde, es müsse vielmehr die Überführung in die Irrenanstalt von der Zustimmung des Verteidigers abhängig gemacht werden. Ebenso wenig helfe das Beschwerderecht, da der Beschwerderichter sich doch nur an das Initiativgutachten halte. Der Abgeordnete Thilo erklärte zustimmend, die Unterbringung in der Irrenanstalt stehe auf der Stufe der Verhaftung und dürfe nicht ohne deren Voraussetzungen erfolgen. Er wolle „lieber die Möglichkeit einer Freisprechung auf Grund eines irrtümlichen ärztlichen Gutachtens geben, als die Detention eines geistig Gesunden in einer Irrenanstalt nur deshalb gestatten, weil dessen geistige Gesundheit von irgend einer Seite angezweifelt sei.“ Abgeordneter Klotz trat für Beobachtung in aedibus ein, auch weil bei Anwendung aller Kautelen wegen der Unmaßgeblichkeit des irrenärztlichen Gutachtens für den Richter kein Nutzen von der Anstaltsbeobachtung zu erwarten sei. Diesen Ausführungen von Eysoldt, Thilo und Klotz widersprachen die Abgeordneten Dr. Zinn, Dr. Lasker, von Beyerle, Becker, Miquel und v. Hanauer. Der Kernpunkt ihrer Auslassungen war der, daß Untersuchungshaft und Irrenanstalt-Internierung nach Raum, Anwendung und Zweck verschieden seien. Ihre Gleichstellung beruhe einmal auf dem alten Volksvorurteil, daß die Irrenanstalten eine Art von Zuchthäusern seien, während sie in Wahrheit doch nur eine besondere Art von Heilanstalten seien, zum andern auf der Verkennung der Tatsache, daß die Untersuchungshaft lediglich die Strafe, die Irrenanstalt-Internierung die Gerechtigkeit nach beiden Seiten hin sichern wolle. Wenn hinreichender Verdacht zur Eröffnung des Hauptverfahrens vorliege, müsse dem Richter das ganze Material zur Wahrheitserforschung zu Gebote stehen. Auch sei es besonders bei Geschworenen nützlicher, einen Delinquenten vor der Verhandlung gründlich beobachten, als die Ärzte in der Verhandlung ohne irgendwelche oder ohne ausreichende Beobachtung über seinen Geisteszustand diskutieren zu lassen (Hahn, Mat. II 1233—1236, 1526, 1527). Der Antrag des Dr. Zinn wurde mit den vorgeschlagenen Modifikationen, insbesondere der Notwendigkeit der Verteidigung Gesetz.

Man sieht, das Schwergewicht der Beratungen lag nicht in der Fixierung der Prozeßstadien, innerhalb deren eine Anordnung der Irrenanstalt-Internierung zulässig sein sollte, sondern in der Festlegung von Garantien für eine zweckmäßige Anwendung der bewußten Maßregel. Wenn übrigens Dr. Zinn den absichtlich von ihm gewählten Ausdruck „Angeschuldigter“ damit motiviert hat, daß er die Maßregel auf den Fall der erhobenen öffentlichen Klage, also die Person eines bereits dringend Verdächtigen habe beschränken wollen, so ist dies ersichtlich unschlüssig. Wird z. B. die öffentliche Klage durch Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung erhoben, so geschieht dies meist auf ein geringes Maß

von Verdachtsgründen hin, da die Beweise erst in der Voruntersuchung gesammelt werden sollen. Aber auch zur Erhebung der öffentlichen Klage durch Einreichung einer Anklageschrift wie zur Eröffnung des Hauptverfahrens ist nur hinreichender, nicht dringender Verdacht einer Straftat erforderlich (§ 201 StPO.). Auch wenn die Äußerung von Dr. Zinn lediglich auf einen in Untersuchungshaft befindlichen Verdächtigen bezogen wird, ist sie in sich widerspruchsvoll, denn ein so dringend Verdächtiger kann bereits im Vorverfahren, also bereits vor Erhebung der öffentlichen Klage existieren. Und der Streit der Meinungen drehte sich gerade um den Fall des nicht inhaftierten Verdächtigen, der nach einer der Meinungen eben durch die Irrenanstalt-Internierung die Nachteile der Untersuchungshaft erleide. Auch hiernach ist klar, daß der Ausdruck „Angeschuldigter" in den Text des § 81 l. c. jedenfalls in irrtümlicher Verwendung hineingekommen ist und daher für die Erforschung des Gesetzeswillens nicht verwertet werden kann.

Die Beschränkung der Zulässigkeit der Irrenanstalt-Internierung auf den Fall der erhobenen öffentlichen Klage widerspricht zunächst der Stellung des § 81 im Zusammenhang des ganzen Gesetzes. § 81 befindet sich unter den „Allgemeinen Bestimmungen", die für den Prozeß überhaupt maßgebend sind, soweit nicht für einzelne Prozeßabschnitte besondere Bestimmungen getroffen sind. Die §§ 80 und 81 befassen sich mit der Vorbereitung eines Sachverständigen-Gutachtens, § 80 mit der Beschaffung von Material durch Vernehmung von Zeugen und des „Beschuldigten"(!), § 81 mit der Beschaffung von Material durch Beobachtung des strafrechtlich Verfolgten. An sich ist zweifellos, daß die Erhebung eines Sachverständigenbeweises im Sinne des § 81 in jeder Lage des Verfahrens, also sowohl vor als auch nach dem Urteil — im Wiederaufnahme-Verfahren — notwendig werden kann und daß, je früher Klarheit geschaffen wird, desto eher auch schädigende Eingriffe vermieden werden. An sich schon muß es auffallen, einen Verdächtigen im Vorverfahren von der Irrenanstalt-Internierung auszuschließen, sie dagegen bei einem Verdächtigen in der Voruntersuchung zuzulassen. Der praktische Erfolg kann der sein, daß der nicht beobachtete, wirklich Geisteskranke zu Strafe verurteilt, der beobachtete Geisteskranke außer Verfolgung gesetzt wird. Wenn Stenglein (Lehrbuch pg. 204) sagt: „Fühlt der Staatsanwalt ein Bedürfnis der Untersuchung des Geisteszustandes eines Verdächtigen im vorbereitenden Verfahren, so muß er die Eröffnung der Voruntersuchung beantragen —", so wäre das ein rein prozessuales Spiel und würde außerdem in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörenden Sachen versagen. Daß diese aber der Anwendung des § 81 entzogen sein sollten, weil das Gesetz „nur wichtigere Straffälle im Auge habe" (so Löwe, 9. A. Note 7 i. f. zu § 81), ist aus der Vorschrift des § 81 unter keinen Umständen zu entnehmen, selbst wenn man der Auslegung der oben zit. Schriftsteller folgt. Um auf die zur Auslegung herangezogene Systematik der StPO. zurückzukommen, so ist aus dem Gesetz zu konstatieren, daß weder in dem Abschnitt über das vorbereitende Verfahren (Buch 2 Abschn. 2 Vorbereitung der öffentlichen Klage) noch vor allem in Buch 4 (W. eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens) besondere Bestimmungen über den in Frage stehenden speziellen Sachverständigenbeweis getroffen sind, außer der Frage der Beeidigung, die hier nicht interessiert. Die Vorschrift des

§ 409 Abs. 1 l. c.: „Wird der Antrag an sich für zulässig befunden, so beauftragt das Gericht mit Aufnahme der angetretenen Beweise, soweit diese erforderlich ist, einen Richter", wird von der herrschenden Meinung richtig dahin verstanden, daß das Gericht — nach dem den Strafprozeß regierenden Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung — nicht auf die „angetretenen" Beweise beschränkt ist, sondern — eben um den Dingen von neuem auf den Grund zu gehen und der Wahrheit, sei es zugunsten, sei es zuungunsten des Antragstellers, zu dienen — nach eigenem Ermessen noch andere Beweise erheben kann. Beruft sich z. B. ein W.-Antragsteller für seine Verrücktheit allein auf das Zeugnis seines Hausarztes, so ist das Gericht in der Lage, roch andere Zeugen darüber zu hören, den Hausarzt auch als Sachverständigen zu vernehmen und damit also die tatsächliche Voraussetzung für eine Entschließung i. S. des § 81 zu schaffen.

Zwingt sonach schon die sedes materiae zu einer ausdehnenden Auslegung der Vorschrift des § 81 StPO., so wird ihre Richtigkeit außer Zweifel gestellt, wenn dem Verständnis die soziologischen und kulturteleologischen Gesichtspunkte entgegengebracht werden (cf. Kohler, Lehrb. des bürgerl. Rechts I pg. 124 ff.). Da ist davon auszugehen, daß die Irrenpflege seit Entstehung der StPO. sowohl praktisch als auch theoretisch einen erheblichen Aufschwung genommen hat, und daß daher die Irrenanstalten in einem viel weitgehenderen Sinne als früher als Heilanstalten anzusehen sind. Die in den Kommissionsberatungen vorgebrachte Parallele der Irren-Internierung mit der Untersuchungshaft ist schon wegen der Verschiedenheit des Zweckes unhaltbar. Sie wirkt heutzutage wie die unbewußte Ironisierung einer extremen Richtung, die alle Strafanstalten in Sanatorien umgewandelt wissen will. Man muß sich vor Augen halten, daß die Irren-Anstaltspflege ein Teil des öffentlichen Gesundheitswesens ist und sich darin als eine Maßregel nicht nur des Medizinal-, sondern auch des Sanitätswesens darstellt (cf. Rapmund, Das öffentl. Gesundheitswesen. Allg. Teil pg. 26 f.). Sie tritt ein, wenn ein Mensch infolge geistiger Erkrankung sich oder andere gefährdet. Sie kann auch aus Zweckmäßigkeitsrücksichten eintreten, obwohl eine Behandlung außerhalb der Anstalt an sich nicht gefährdend sein würde. Unter welchen speziellen Voraussetzungen das Vorhandensein eines Erfordernisses der Anstaltsbehandlung, also zunächst der Aufnahme in eine öffentliche Irren-Anstalt anzunehmen ist, findet sich in deutschen Landesgesetzen, soweit ich habe feststellen können, nirgends bestimmt. Es entscheidet da das pflichtmäßige Ermessen approbierter Ärzte oder bestimmter, nämlich der Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden. Dagegen sind die Voraussetzungen für das Erfordernis des Verbleibens in der Anstalt und das Verfahren bei Entlassung gemeingefährlicher Geisteskranker meistens landesgesetzlich festgelegt. Die Anstaltsbehandlung selbst beruht im Gegensatz zu früheren Zeiten auf dem No-restraint-System, ihr wesentlicher Faktor ist die unablässige, methodische Beobachtung des Kranken. Nicht mehr und nicht weniger ist auch die Beobachtung i. S. des § 81 StPO. Die Frage der Freiheitsberaubung anlangend, so ist sie praktisch nur bei den unfreiwillig Internierten von Bedeutung. Hier ist — vom Zwecke ganz abgesehen — zu sagen: In dem gewaltsamen Fortführen an den Ort der Anstalt und hinein liegt keine Freiheitsberaubung im Sinne des Strafgesetzes. In der Internierung selbst,

Digitized by Google

in dem zwangsmäßigen Festhalten in der Anstalt eine solche zu erblicken, ist ebenfalls unrichtig. Einem wirklich Geisteskranken, mag er auch an sich fortbewegungsfähig sein, fehlt der selbständige Wille, den gegenwärtigen Aufenthalt zu verlassen. Der Wille seines gesetzlichen Vertreters kann als Objekt der Freiheitsberaubung nicht in Betracht kommen. Überdies aber würde solche weder bei wirklich Geisteskranken noch bei an sich Gesunden, aber für geisteskrank Erachteten konstruiert werden können, da sie positiv rechtlich erlaubt ist, mithin allen deliktischen Charakter verliert. Man ist sich aber auch darüber einig, — und das ist das Durchschlagende — daß die Widerrechtlichkeit der Einsperrung allgemein durch jede sie vernotwendigende Krankheit des Eingesperrten aufgehoben wird. — Wenn nun auch das Eingreifen des Staates Geisteskranken gegenüber auf den verschiedenen Rechtsgebieten differenziert und innerhalb eines und desselben Rechtsgebietes isoliert ist, nämlich je nachdem staatsrechtliche, verwaltungsrechtliche, strafrechtliche oder zivilrechtliche Interessen gefährdet werden (cf. M. Wyler, Beitr. z. Grundriß eines vergleich. Irrenrechts. I. pg. 19 ff.), so schließt dies doch nicht aus, daß eine bestimmte Form des Eingreifens auf verschiedenen Rechtsgebieten praktisch die gleiche ist und gleich wirkt. Die verwaltungsrechtliche Internierung dient dem Sicherungs- und dem Heilzweck, die strafrechtliche, zufolge eines Delikts strafprozessual ausgelöste Internierung dient demselben Zwecke zur Erreichung eines anderen Zweckes. Danach erscheint die Zweckmäßigkeitsnorm des § 81 StPO. als auf das Strafrecht projizierter, strafprozessual zur Betätigung kommender, spezifischer Teil staatlicher Irrenfürsorge.

Wenn man in Verwendung eines Gedankens von Klein (Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse in d. Jahrb. d. Gehe-Stiftg. VIII 68) sagen kann, daß die Wahrheitserforschung im Prozesse „tatsächlich zu jeder Zeit den Abglanz der höchsten Stufe des Geisteslebens eines Volkes darstellt", so zentripetiert die subjektivierende Bewegung der heutigen Zeit nicht nur auf eine Berücksichtigung (cf. Hirschberg in Aschaffenb. Zeitschr. II 512 ff), sondern eine gründliche Erforschung der geistigen Beschaffenheit eines Delinquenten überhaupt als erstes Erfordernis einer Strafverfolgung und erfüllt dadurch auch den § 81 StPO. mit einem anderen Inhalte als ihm durch die Zeit seiner Entstehung zuteil geworden ist.

Die Untersuchung kommt damit zu dem Ergebnis, daß die Maßregel des § 81 l. c. in *jedem* Prozeßstadium, also auch gegen einen rechtskräftig Verurteilten im W.-V. angewendet werden kann (cf. übrigens bez. des Vorverfahrens auch Aschrott, Reform des Strafprozesses pg. 531, 644 und d. Protok. d. Reform-Kommission Bd. II pg. 147 f.), nicht minder aber auch gegen einen rechtskräftig Verurteilten *außerhalb* des W.-V. Auch darin irrt die oben zitierte Münchener Entscheidung. Voraussetzung der Vollstreckbarkeit eines Strafurteils ist die geistige Gesundheit des Verurteilten. Werden nach Beginn der Vollstreckung z. B. von Angehörigen des Verurteilten in Bezug auf seine geistige Gesundheit Bedenken geltend gemacht, so hat über diese „Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung" das *Gericht* zu entscheiden (§ 490 StPO.) und das *Gericht* kann dann durch Erhebung des Sachverständigenbeweises in die Lage kommen, von der in § 81 l. c. geregelten Befugnis Gebrauch zu machen.

Digitized by Google

Konflikt zwischen der Strafkammer und der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens.

Erfordernisse der Anklageschrift.

Vom Ersten Staatsanwalt Olbricht in Lüneburg.

Unter vorstehender Überschrift ist in Goltd. Archiv, Jahrg. 53 S. 189 fg., ein Beschluß des Oberlandesgerichts Marienwerder vom 22. Dezember 1905 mitgeteilt, der einen in der Praxis nicht selten vorkommenden Fall behandelt. Da dieser Beschluß den zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht des Näheren erkennen läßt, nur bei dessen Kenntnis aber meines Erachtens seine ganze Tragweite zu übersehen ist, so erscheint eine nähere Betrachtung des Beschlusses unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage nicht unangebracht.

Der zu Grunde liegende Sachverhalt war der folgende.

Gegen den Maurer M. war Voruntersuchung aus § 176 Ziff. 2 StGB. geführt worden. Er war beobachtet worden, als er in einer Fichtenschonung der geisteskranken Magdalene F. die Röcke aufgehoben und, nachdem er sein Glied aus der Hose herausgeholt, sich auf sie gelegt hatte. Die Staatsanwaltschaft erachtete, weil die F. nicht vernehmungsfähig war, nicht für nachgewiesen, daß eine Beischlafsvollziehung stattgefunden habe und erhob gegen M. Anklage mit der Beschuldigung:

„. . . durch unzüchtige Handlungen öffentlich ein Ärgernis gegeben zu haben, indem er in einer Fichtenschonung in der Nähe des Bahnhofs Z. in Gegenwart anderer Personen mit der geisteskranken Magdalene F. unzüchtige Handlungen vornahm. — Vergehen gegen § 183 StGB."

Es folgte in der Anklageschrift dann die Angaben der Beweismittel und am Schluß der Antrag,

„das Hauptverfahren zu eröffnen und die Verhandlung und Entscheidung der Sache auf Grund des § 75, 3 des Ger.-Verf.,Ges. dem Kgl. Schöffengerichte in F. zu überweisen."

Die Strafkammer ordnete zunächst Einholung eines ärztlichen Gutachtens über den Geisteszustand der F. an und erließ sodann folgenden Beschluß:

„Nach Ansicht der Strafkammer liegt versuchtes Verbrechen gegen § 176 Nr. 2 StGB. vor. Daher.

Urschriftlich mit den Akten.

An Königl. Staatsanwaltschaft hier

mit dem Ersuchen, eine den Erfordernissen des § 198 StPO. entsprechende Anklageschrift einzureichen.

X., den 3. Oktober 1903.

Kgl. Landgericht, Strafkammer II.

(3 Unterschriften.)

Die Staatsanwaltschaft gab aber die Akten an die Strafkammer zurück

„mit dem Anheimgeben, zunächst das Hauptverfahren zu eröffnen. Es wird sodann eine dementsprechende Anklageschrift eingereicht werden."

Nunmehr erfolgte noch ein Schriftwechsel zwischen der Strafkammer und der Staatsanwaltschaft, in dem erstere ihre Ansicht, daß

Digitized by Google

zunächst eine dem § 198 StPO. entsprechende Anklageschrift einzureichen sei, aufrecht erhielt, während die Staatsanwaltschaft bei ihrer Auffassung, daß zunächst das Hauptverfahren eröffnet werden müsse, verblieb. Schließlich erging am 7. Dezember 1905 ein Beschluß der Strafkammer dahin:

„ . . . das unterzeichnete Gericht lehnt den Antrag der Kgl. Staatsanwaltschaft vom 16. August 1905 dahingehend,

gegen den Maurer M. wegen der Beschuldigung, am 21. Juni 1905 in Z. durch unzüchtige Handlungen öffentlich ein Ärgernis gegeben zu haben, das Hauptverfahren zu eröffnen und die Verhandlung und Entscheidung auf Grund des § 75, 3 GVGs. dem Kgl. Schöffengericht in F. zu überweisen,

zur Zeit ab."

Zur Begründung wurde ausgeführt, daß nach Ansicht der Strafkammer nicht der Tatbestand des § 183 StGB., sondern Versuch eines Verbrechens gegen § 176 Nr. 2 StGB. in Frage stehe. Diese Sache sei vor dem Schwurgericht zu verhandeln. In allen solchen Sachen seien aber nach § 198 StPO. außer den in Absatz 1 angegebenen Erfordernissen auch die wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen in die Anklageschrift aufzunehmen. Diese Anklageschrift habe der Vorsitzende vor der Eröffnung des Hauptverfahrens dem Angeschuldigten mitzuteilen. Eine dem § 198 StPO. entsprechende Anklageschrift liege aber nicht vor, weil die Ergebnisse der Ermittelungen fehlten. Der Vorsitzende sei daher nicht in der Lage, der Vorschrift des § 199 StPO. nachzukommen.

Die von der Staatsanwaltschaft gegen diesen Beschluß eingelegte sofortige Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Marienwerder durch Beschluß vom 22. Dezember 1905 verworfen, und zwar aus folgenden Gründen:

„Soweit der Beschluß vom 7. Dezember die Überweisung vor das Schöffengericht ablehnt, ist unanfechtbar (§ 271 Abs. 2 GVG. festgestellt, daß die Verhandlung nicht vor dem Schöffengericht stattfindet. Es geht ferner aus der Begründung des Beschlusses hervor, daß er nicht eine Einstellung des Strafverfahrens ausspricht und deshalb nicht etwa § 210 StPO. zur Wirksamkeit bringt, sondern daß die Befindung darüber noch vorbehalten wird, ob das Verfahren vor dem Schwurgericht eröffnet werden soll. Damit aber sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen eine den Erfordernissen des § 198 Abs. 2 StPO. entsprechende Anklageschrift dem Angeklagten vor Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 199 StPO. mitgeteilt werden muß. Daß vorliegend die Ausnahmebestimmung des § 206 StPO. Platz greife, kann nicht zugegeben werden. Dieser Paragraph ist als Ausnahme eng auszulegen (Entsch. des RG. in Strafsachen 37, 100 f.) und hier nicht anwendbar. Denn die Staatsanwaltschaft hat nicht etwa beantragt, den Angeklagten außer Verfolgung zu setzen, sondern im Gegenteil, ihn zu verfolgen, wenn auch wegen einer anderen Tat, als wegen welcher die Voruntersuchung beantragt war. Somit kann vorliegend das Verfahren seinen Fortgang nicht eher nehmen, als bis der § 199 StPO. befolgt und dementsprechend dem Angeklagten vor der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens eine dem § 198 Abs. 2 StPO. entsprechende Anklageschrift mitgeteilt

worden ist. Hier fehlt allerdings im Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung darüber, in welcher Weise das Gericht verfahren soll, wenn, wie vorliegend, einerseits eine Anklageschrift bereits eingereicht ist, welche nur für das Schöffengericht ausreicht und dem § 198 Abs. 2 StPO. für ein Verfahren vor dem Schwurgericht nicht entsprechen würde, und anderseits die Staatsanwaltschaft sich bereits geweigert hatte, die Ergänzung der Anklageschrift nach § 198 Abs. 2 StPO. vor der Beschlußfassung über Eröffnung des Hauptverfahrens vorzunehmen, nachdem sie hierzu unter Mitteilung der abweichenden Ansicht der Eröffnungskammer auf dem zweckmäßigen Wege inneren Geschäftsverkehrs aufgefordert war. Indessen ist es nicht erfindlich, weshalb die Strafkammer unter solchen Umständen nicht berechtigt sein sollte, sich vorläufig auf die endgültige Ablehnung der Überweisung an das Schöffengericht zu beschränken und die ihr obliegende Beschlußfassung über die Eröffnung vor einem andern Gericht zur Zeit und solange abzulehnen, bis ihr eine genügende Anklageschrift zur Befolgung der vor dieser Beschlußfassung gesetzlich durch § 199 StPO. vorgeschriebenen Maßregel vorgelegt ist. Dem Gericht bleibt überhaupt nichts anderes übrig. Gewiß ist das Gericht nicht an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden und ist sogar nach erfolgter Voruntersuchung befugt, auch gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft das Hauptverfahren zu eröffnen (§ 204 StPO.). Fernerhin aber ist die notwendige Voraussetzung für eine Eröffnung des Hauptverfahrens, daß zuvor für sie die gesetzlichen Vorbedingungen geschaffen sind. Zu diesen gehört es in erster Linie, daß es möglich ist, dem Angeklagten vor der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens eine Anklageschrift mit dem nach § 198 Abs. 2 StPO. erforderlichen Inhalte mitzuteilen und seine Einwendungen und Anträge abzuwarten. Ehe solche Anklageschrift von der hierzu allein zuständigen Staatsanwaltschaft nicht beschafft wird und damit der § 199 StPO. verwirklicht werden kann, ist das Gericht rechtlich nicht in der Lage, dem Verfahren durch Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens seinen Fortgang zu geben. Denn die schließliche Entscheidung, ob eröffnet werden soll oder nicht, erfordert auch eine zuvorige Prüfung der Einwendungen und Anträge des Angeklagten auf Grund des § 199 StPO.

Es ist daher eine Selbstfolge und deshalb auch im Gesetz nicht besonders vorgeschrieben, daß, wenn die Strafkammer die Eröffnung vor dem Schöffengericht endgültig abgelehnt hat und nun das Verfahren durch Beschlußfassung vor einem andern Gericht in der vom Gesetz im § 199 StPO. vorgeschriebenen Weise seinen Fortgang nehmen muß, es Sache der Staatsanwaltschaft ist, zuvor eine nach § 198 Abs. 2 StPO. ergänzte Anklageschrift zu beschaffen, und Sache des Gerichts, von deren Fertigung eine solche Beschlußfassung abhängig zu machen. (Vergl. Entsch. des RG. in Strafsachen 31, 100 f.)

Daß, wie der Beschwerdeführer einwendet, eine abermalige Änderung der rechtlichen Ansicht der Strafkammer inzwischen eintreten könnte und sonach je nach dem Wechsel dieser Ansicht vor dem Eröffnungsbeschluß immer wieder von neuem eine andere An-

Digitized by Google

klageschrift eingereicht werden müßte, mag theoretisch immerhin möglich sein, ist aber praktisch kaum jemals zu erwarten. Jedenfalls würde dieser fernliegende Mißstand nicht in das Gewicht fallen dürfen dem Zustand gegenüber, daß gegen die gesetzliche Vorschrift des § StPO. verfahren worden ist, weil das Hauptverfahren vor der Beschaffung einer dem § 198 Abs. 2 StPO. entsprechenden Anklageschrift eröffnet ist."

Bei der Prüfung der Frage, ob und inwieweit dieser Beschluß des OLG. als zutreffend zu erachten ist, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Staatsanwaltschaft keineswegs verpflichtet war, eine der rechtlichen Auffassung der Strafkammer entsprechende Anklageschrift einzureichen. Vergl. Löwe, Note 12a f. zu § 198, Note 2a zu § 199 StPO. Überzeugend ist dies in dem Beschlusse des OLG. Cassel vom 18. März 1892 (Goltd. Archiv, Bd. 40 S. 183) dargelegt.

Diesem Beschlusse lag folgender Fall zu Grunde. Nachdem die Staatsanwaltschaft eine dem § 198 Abs. 1 StPO. entsprechende Anklageschrift wegen Hehlerei bei der Strafkammer eingereicht und gemäß § 75 GVG. Überweisung der Sache an das Schöffengericht beantragt hatte, ordnete die Strafkammer zunächst Beweiserhebungen an und erließ sodann einen Beschluß, welcher die vorhandenen Verdachtsgründe zur Eröffnung des Hauptverfahrens wegen schweren Diebstahls für ausreichend erachtete und die Staatsanwaltschaft zunächst zur Anfertigung einer Anklageschrift nach Maßgabe dieses Gesichtspunktes aufforderte. Die Staatsanwaltschaft kam diesem Verlangen nicht nach, sondern reichte unter Zurückziehung ihrer Anklage nunmehr e... dem § 198 Abs. 1 u. 2 entsprechende Anklageschrift ein, worin sie den Angeschuldigten wiederum der Hehlerei beschuldigte und zugleich Hauptverhandlung vor der Strafkammer beantragte. Ohne daß die Anklage dem Angeschuldigten zur Erklärung mitgeteilt worden, hat die Strafkammer den gestellten Antrag bis zur Einreichung einer der rechtlichen Auffassung des Gerichts entsprechenden Anklageschrift abgelehnt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist für begründet erachtet worden. Aus den Gründen:

„Aus der Stellung, welche der Staatsanwaltschaft im geltenden Strafprozesse eingeräumt ist, folgt, daß sie bei ihren Anträgen, soweit das Gesetz nicht abweichende Bestimmungen enthält, vom Gerichte unabhängig ist. Dies gilt der Regel nach von Erhebung der Anklage, wie von Abfassung der Anklageschrift, welche letztere gerade die Bestimmung hat, sowohl dem Angeklagten wie dem Gerichte Aufklärung darüber zu geben, wie die Staatsanwaltschaft die Tat des Angeklagten auffaßt. Nur in dem einen durch § 206 der Strafprozeßordnung geregeltem Falle,

wenn nach geführter Voruntersuchung die Staatsanwaltschaft beantragt hat, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen, das Gericht aber die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt,

wird die Staatsanwaltschaft durch die StPO. verpflichtet, eine der rechtlichen Beurteilung der Straftat seitens des Gerichts entsprechende Anklageschrift einzureichen. Der Grund dieser Bestimmung ist darin zu suchen, daß bereits ein das Gericht bindender Beschluß, welcher die Grundlage der Hauptverhandlung bildet, vorliegt und die nachträgliche Einreichung der Anklageschrift nur noch den einen Zweck verfolgen kann, im Interesse der Verteidigung die Ergebnisse

Digitized by Google

der stattgehabten Ermittelungen zusammenzustellen. — Es liegt also hier eine mit Rücksicht auf diese prozessuale Lage getroffene Ausnahmebestimmung vor, welche auf frühere Stadien des Verfahrens nicht ausgedehnt werden darf.

Solange das Hauptverfahren nicht durch Gerichtsbeschluß eröffnet ist, kann die Staatsanwaltschaft um so weniger für verpflichtet gehalten werden, bei Abfassung der Anklageschrift die rechtliche Beurteilung des Gerichts zugrunde zu legen, als das Gericht selbst an die der Staatsanwaltschaft kundgegebene Qualifikation der Tat nicht gebunden ist, sondern bei der späteren Beschlußfassung, z. B. infolge von Beibringung von neuen Beweisen usw., zu einer anderen Beurteilung der Tat gelangen kann. Auch die Erwägung, daß der Angeklagte, wenn das Verfahren der Staatsanwaltschaft gebilligt wird, sich in der Hauptverhandlung wegen schweren Diebstahl zu verantworten haben wird, obwohl ihm die Indizien für diese Tat in der Anklageschrift nicht zusammengestellt sind, vermag eine andere Auffassung nicht zu begründen. Entscheidend ist nach dem Standpunkte der StPO., wie er insbesondere in den §§ 263—264 zum Ausdruck gelangt ist, daß Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß auf dieselbe Tat sich beziehen. Ist dieses der Fall, so genügt eine den Vorschriften des § 198 entsprechende Anklageschrift, auch wenn sie von anderen rechtlichen Gesichtspunkten ausgeht als der Eröffnungsbeschluß. Die Ansicht des Vorderrichters würde dahin führen, daß in jedem Falle, wenn das Gericht bei Eröffnung des Hauptverfahrens oder auch in der Hauptverhandlung von der rechtlichen Beurteilung der Anklageschrift abweicht, dem Angeklagten eine veränderte Anklageschrift zugestellt werden müßte, was mit den Bestimmungen der StPO. unvereinbar ist."

Hiernach war die Staatsanwaltschaft keinesfalls genötigt, entsprechend der rechtlichen Auffassung der Strafkammer etwa eine Anklageschrift aus § 176 Ziff. 2 StGB. einzureichen, vielmehr war sie, wenn sie bei ihrer Auffassung, daß nur der Tatbestand des § 183 StGB. vorliege, verblieb, nur verpflichtet, eine formell der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. entsprechende, d. h. „die wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen" enthaltende Anklageschrift, die im übrigen aber auf den Tatbestand des § 183 StGB. gerichtet war, einzureichen. Etwas anderes ist auch aus dem im Beschlusse vom 22. Dezember 1905 von dem Oberlandesgericht Marienwerder in Bezug genommenen Urteile des Reicsgerichts vom 25. März 1898 (Entscheid. in Strafsachen Bd. 31 S. 100 ff.) nicht zu entnehmen. Ob der Beschluß vom 22. Dezember 1905 von derselben Auffassung ausgeht, erscheint allerdings nicht unzweifelhaft. Formell ist in diesem Beschlusse allerdings nur die Weigerung der Staatsanwaltschaft, vor Eröffnung des Hauptverfahrens eine dem § 198 Abs. 2 entsprechende Anklageschrift einzureichen, für unbegründet erklärt und daher deren sofortige Beschwerde zurückgewiesen. In dem letzten Absatze der Begründung gibt aber doch das Oberlandesgericht „theoretisch" die Möglichkeit zu, daß bei einem Wechsel der rechtlichen Auffassung der Strafkammer vor dem Eröffnungsbeschlusse von der Staatsanwaltschaft „immer wieder eine neue Anklageschrift eingereicht werden müßte". Hiernach scheint doch fast das Oberlandesgericht von der Ansicht auszugehen, als ob die rechtliche Auffassung der Straf-

Digitized by Google

kammer betreffs der Qualifikation der Tat für die Staatsanwaltschaft bindend sei. Daß diese Ansicht, wenn sie von dem Oberlandesgericht wirklich hat vertreten werden sollen, unzutreffend wäre, ist in den vorstehenden Anführungen zur Genüge dargetan.

Aber auch abgesehen von der oben erörterten Frage erscheint der Beschluß des Oberlandesgerichts Marienwerder mit Rücksicht auf die Lage der Sache nicht bedenkenfrei. Unzweifelhaft ist allerdings, daß, nachdem die Strafkammer den Tatbestand des § 176 Ziff. 2, 43 StGB. — also einer vor dem Schwurgericht zu verhandelnden Strafsache — für vorliegend erachtete, die Staatsanwaltschaft zur Einreichung einer der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. entsprechenden Anklageschrift verpflichtet war. Die Strafkammer geht nun ohne weiteres von der Auffassung aus, daß die oben mitgeteilte, von der Staatsanwaltschaft eingereichte Anklageschrift dieser Vorschrift nicht entspräche, weil in ihr „die Ergebnisse der Ermittelungen" fehlten. Das Oberlandesgericht ist dieser Auffassung beigetreten, und auch die Staatsanwaltschaft selbst scheint sich ihr angeschlossen zu haben, da sie ja insoweit Einwendungen nicht erhoben hat. Nichtsdestoweniger erscheint es mir nicht zweifellos, ob diese Auffassung zutreffend ist.

Der § 198 StPO. lautet:

> „Die Anklageschrift hat die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes zu bezeichnen, sowie die Beweismittel und das Gericht, vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll, anzugeben.
>
> In den vor dem Reichsgerichte, den Schwurgerichten oder den Landgerichten zu verhandelnden Strafsachen sind außerdem die wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen in die Anklageschrift aufzunehmen."

Unter den in Absatz 2 erwähnten „wesentlichen Ergebnissen der stattgehabten Ermittelungen" werden „alle wesentlichen Bestandteile des den Gegenstand der Anklage bildenden Vorganges, insbesondere aber auch solche Tatsachen zu verstehen sein, welche als Beweisgründe für oder wider den Angeschuldigten in Betracht kommen. Welche Ergebnisse im einzelnen Falle als wesentlich anzusehen sind, unterliegt dem Ermessen der Staatsanwaltschaft". So Löwe Note 8 zu § 198 StPO. Hierbei wird davon auszugehen sein, daß die Anklageschrift dazu bestimmt ist, „dem über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Gerichte eine Übersicht über die Sachlage zu gewähren; sie soll ferner klar erkennen lassen, wie die Staatsanwaltschaft rechtlich und tatsächlich die Sache auffaßt, in welcher Richtung die Anschuldigung sich bewegt und worauf dieselbe gegründet wird". Löwe Note 2 zu § 198 a. a. O. Vgl. auch Stenglein Note 4 zu § 198 StPO. In welcher Form die Ermittelungsergebnisse in der Anklageschrift aufgeführt werden, muß, da das Gesetz hierüber keine Vorschriften enthält, auch lediglich dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen bleiben. „Die Anklageformel wird in größeren Sachen regelmäßig an die Darstellung des Sachverhaltes anzureihen sein, also den Abschluß derselben bilden; in einfacheren Sachen kann es sich empfehlen, die Formel voranzustellen und sodann das zur Erläuterung und Ergänzung noch Erforderliche hinzuzufügen; auf diese Weise kann die zweimalige Erwähnung eines und desselben Um-

Digitized by Google

standes erübrigt werden. Beispielsweise kann es genügen, an die folgende Anklageformel: A. wird angeklagt, an dem und dem Tage zu B. dem C. einen diesem gehörigen Rock in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen zu haben — den Satz anzuschließen: A. wurde von D. betroffen, als er das Haus des C. mit dem gestohlenen Rock verließ und es wurde ihm der letztere abgenommen." Löwe Note 4 zu § 198 a. a. O.

Staudinger, der als damaliges Mitglied der Bundesratskommission zur Beratung des Entwurfs der deutschen Strafprozeßordnung zu deren Auslegung als besonders berufen anzusehen ist, bemerkt in seiner Taschenausgabe zu § 198 StPO.:

„In schöffengerichtlichen Sachen kann sich nach Abs. 1 die Anklageschrift sehr einfach gestalten. Auch in den Fällen des Abs. 2 liegt übrigens die Entwicklung längerer Beweisdekutionen und deklamatorischer Auseinandersetzungen nicht im Sinne des Gesetzes, welches die „Anklageschrift" mit den im Gebiete des franz. Rechts und der an dasselbe sich anlehnenden Strafprozeßordnungen bisher üblich gewesenen, gleichnamigen Aktenstücken sachlich keineswegs auf gleiche Linie stellt, vielmehr als ein viel einfacheres Schriftstück sich denkt. Mot. zu § 165 des BE. und RZProt. S. 310 f., 315 f., 930 f. Die Anklageschrift wird ja auch nach § 242 in der Hauptverhandlung nicht verlesen."

Darüber, was als „wesentliche Ermittelungsergebnisse in die Anklageschrift überhaupt aufgenommen werden soll, und in welcher Anordnung und Form dies geschehen soll, entscheidet also lediglich das Ermessen der Staatsanwaltschaft, sofern die Anklageschrift nur sonst ihren Zwecken entspricht. Tatsächlich finden sich auch in der Praxis Anklageschriften in den verschiedensten Formen: Die sog. „Sachdarstellung" pflegt bald vor, bald hinter der sog. Anklageformel zu erscheinen, bald als ein besonderer Abschnitt mit einer besonderen Überschrift oder auch ohne eine solche, bald — namentlich in sehr einfachen Sachen — wird auch die Sachdarstellung in einigen kurzen Nebensätzen unmittelbar an die Anklageformel angeschlossen, so daß sie mit diesen einen einzigen Satz bildet — etwa in der Art wie die oben erwähnte in der vorliegenden Sache von der Staatsanwaltschaft eingereichte Anklageschrift.

Prüft man diese von den erwähnten Gesichtspunkten aus, so werden zum mindesten Zweifel darüber auftauchen können, ob nicht die eingereichte Anklageschrift die angeblich fehlenden „wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen" tatsächlich doch enthielt, sie also der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. genügte. Hierbei wird namentlich in Betracht zu ziehen sein, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie ihre Auffassung für richtig hielt, nur eine auf § 183 StGB. gerichtete Anklageschrift einzureichen brauchte, die Sachdarstellung also auch nur diesen Tatbestand erkennen lassen mußte. Die oben erwähnte Anklageschrift war allerdings meines Erachtens insofern nicht ganz korrekt gefaßt, als der am Schluß des Nebensatzes wiederkehrende Ausdruck „unzüchtige Handlungen" in die konkreten Merkmale hätte aufgelöst werden sollen. Der betreffende Nebensatz hätte also etwa dahin lauten sollen:

„.... indem er in einer Fichtenschonung in der Nähe des Bahnhofs Z. in Gegenwart anderer Personen der geisteskranken Magdalena F. die Röcke aufhob und sich mit entblößtem Gliede auf sie legte."

Wäre die Anklageschrift in dieser Form eingereicht worden, so hätte sie m. E. nicht — als der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. nicht entsprechend — beanstandet werden können. Es erscheint aber ein Zweifel wohl berechtigt, ob die Anklageschrift nicht auch in der Form, in der sie tatsächlich eingereicht ist, die „wesentlichen Ergebnisse der stattgehabten Ermittelungen“ — wenn auch recht kurz — enthielt. Jedenfalls sind mir aus der Praxis zahlreiche Fälle bekannt, wo in ähnlicher Weise abgefaßte „Strafkammeranklagen“ von den Gerichten ohne weiteres als der Vorschrift des § 198 Abs. 2 a. a. O. entsprechend angesehen und behandelt worden sind. Es hat fast den Anschein, als ob die Strafkammer im vorliegenden Falle die eingereichte Anklageschrift nur um deswillen beanstandet hat, weil die dort gewählte Form in der Praxis regelmäßig nur für die vor den Schöffengerichten zu verhandelnden Sachen (sog. Schöffen- und Überweisungsanklagen) angewendet zu werden pflegt. Wäre der in der Anklageschrift mit „indem .....“ eingeleitete Nebensatz etwa unter der Überschrift „Sachdarstellung“ als ein besonderer Absatz (aber mit sonst gleichem Inhalte) wiedergegeben worden, so wäre die Anklageschrift vielleicht nicht beanstandet worden. Daß aber derartige Äußerlichkeiten nicht entscheidend sein können, bedarf keiner Ausführung.

Die hier erörterten Bedenken und Gesichtspunkte sind allerdings in der zugrunde liegenden Strafsache von keiner Seite angeregt worden, so daß nicht ersichtlich ist, ob sie den beteiligten Behörden überhaupt zum Bewußtsein gekommen sind: aus dem gänzlichen Schweigen hierüber ist wohl auf das Gegenteil zu schließen. Zweckmäßig wäre es m. E. freilich gewesen, wenn die Staatsanwaltschaft, nachdem die Strafkammer ihre Bedenken mitgeteilt hatte, die in der Tat sehr kurze und doch nur für die Verhandlung vor dem Schöffengericht bestimmte Anklageschrift durch nähere Darlegung des konkreten Vorgangs ergänzt hätte. Unabhängig von dieser Erwägung ist aber natürlich die Frage, ob das Gericht, wenn die Staatsanwaltschaft eine Ergänzung ablehnte, die tatsächlich eingereichte Anklageschrift als der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. nicht entsprechend (weil die Ermittelungsergebnisse fehlten) beanstanden durfte. —

Daß in Fällen der vorliegenden Art der Angeklagte unter Umständen in die Lage kommen kann, sich in der Hauptverhandlung wegen einer Tat verantworten zu müssen, bezüglich deren die einzelnen Beweismomente in der Anklageschrift nicht aufgeführt und ihm daher auch nicht mitgeteilt sind, ist allerdings richtig und bereits in dem oben mitgeteilten Beschlusse des Oberlandesgerichts Cassel vom 18. März 1892 hervorgehoben. Indessen wird es dann Sache des über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Gerichts sein, entweder den Eröffnungsbeschluß derart zu fassen, daß der Angeklagte über die von der Anklageschrift abweichende rechtliche Beurteilung der Sache völlig unterrichtet wird und sich daher sachgemäß verteidigen kann, oder aber, wenn die Sache hierzu irgendwelchen Anlaß bietet, den Angeschuldigten noch vor der Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 200 StPO. „zur besseren Aufklärung“ nochmals zu hören, damit er seine, der veränderten Beschuldigung gegenüber etwa zu machenden Einwendungen vorbringen kann. Auf diese Weise ist jede Überraschung des Angeklagten und damit die Be-

Digitized by Google

fürchtung, daß er etwa in der Hauptverhandlung auf die gegen ihn erhobene Beschuldigung nicht genügend vorbereitet sein könne, völlig ausgeschlossen.

Können auch Zivilgerichte auf militärische Ehrenstrafen erkennen und in welchen Fällen?

Von Kriegsgerichtsrat Dr. Grünwald, Potsdam.

Dem Militärstrafgesetzbuche sind folgende besonderen militärischen Ehrenstrafen bekannt:

1. Entfernung aus dem Heere oder der Marine. §§ 31, 32 MStGB.
2. gegen Offiziere: Dienstentlassung. §§ 34, 35 a. a. O.
3. gegen Unteroffiziere: Degradation. §§ 40, 41 a. a. O.
4. gegen Unteroffiziere und Gemeine: Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes. §§ 37—39 a. a. O.
5. gegen pensionierte Offiziere statt der Ehrenstrafe zu 1: Verlust des Offiziertitels. § 33 a. a. O.
6. gegen pensionierte Offiziere, welche das Recht zum Tragen der Offizieruniform haben: statt der Ehrenstrafe zu 2: Verlust des erwähnten Rechtes. § 36 a. a. O.

Hierzu kommt:

7. gegen Militärbeamte: Amtsverlust. § 43 a. a. O.

Auf diese Ehrenstrafen kann gegebenenfalls erkannt werden ohne Unterschied, ob es sich um Zuwiderhandlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze oder die speziell militärischen handelt. Zur Aburteilung wegen letzterer sind die bürgerlichen Gerichte notwendigerweise überhaupt nicht berufen und nur in den Fällen der Anstiftung oder Beihilfe seitens Zivilpersonen zu den militärischen Delikten könnten sie in die Lage kommen, die Straftatbestände des Militärstrafgesetzbuches zur Anwendung zu bringen. Dabei ist jedoch die Frage, ob eine solche Teilnahme über die Bestimmungen des §§ 112, 141—143 RStGB. hinaus überhaupt strafbar ist, eine sehr streitige.

Die an das Reichsgericht Bd. 15 S. 398; 25 S. 234; 27 S. 159 sich anschließende herrschende Meinung bejaht die Frage, während Kohler, Studien aus dem Strafrecht, v. Koppmann, Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt seines Komment. z. MilStGB., Mayer, Deutsches Militärstrafrecht Bd. I S. 103 f. (Sammlung Göschen) und andere sie verneinen.

Auf diese Streitfrage näher einzugehen, ist hier nicht der Raum, es genügt, hier festzustellen, daß für ein Erkennen seitens bürgerlicher Gerichte auf militärische Ehrenstrafen unbestritten und in erster Linie nur Zuwiderhandlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze in Frage kommen.

Der Kreis der Personen, über die militärische Ehrenstrafen verhängt werden können, findet in der Möglichkeit, die Ehrenstrafen als solche zu empfinden, eine naturgemäße Beschränkung. Militärische Ehrenstrafen können daher nur verhängt werden über: 1) aktive Militärpersonen, 2) Personen des Beurlaubtenstandes und 3) früher aktiv gewesene, aus jedem Militärverhältnis ausgeschiedene Militärpersonen. Als solche kommen jedoch nur pensionierte Offiziere in Betracht; denn nur für diese

aus der zu 3 erwähnten Kategorie erkennt das Mil.-Strafgesetzbuch in den §§ 33 und 36 besondere militärische Ehrenstrafen an.

Zur Aburteilung aktiver Militärpersonen sind die bürgerlichen Gerichte nur in 3 Fällen berufen:

1. in dem Falle des § 3 MStGB. bezüglich der von Militärpersonen des aktiven Heeres und der aktiven Marine, die nicht dem Offizierstande angehören, bei einstweiliger Verwendung im Zivildienste des Reiches, eines Bundesstaates oder einer Kommune begangenen Amtsverbrechen und Amtsvergehen.
2. in den Fällen des § 4 MStGB. Danach können durch eine Verfügung des zuständigen Gerichtsherrn aktive Militärpersonen dem bürgerlichen Gerichte zur Führung der Untersuchung gegen sie und zur Aburteilung übergeben werden, wenn sich bei einer Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Strafgesetze mehrere Personen, von denen eine der militärischen, eine andere der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterstellt ist, als Täter, Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler beteiligt haben, oder wenn zwischen solchen einer verschiedenen Gerichtsbarkeit unterstellten Personen wechselseitige Beleidigungen oder Körperverletzungen vorgekommen sind.
3. in dem Falle des § 9 Abs. 2 MStGO., wonach die zum Dienste einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes, nach § 38 B. 1 Reichs-Mil.-Ges., also gleichfalls aktive Militärpersonen, wegen einer während der Dienstleistung begangenen Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Strafgesetze den bürgerlichen Gerichten übergeben werden können.

Letzterem Falle kann allerdings keine große praktische Bedeutung beigemessen werden, denn meist wird auch im Falle der Übergabe eine Aburteilung durch das bürgerliche Gericht erst zu einer Zeit erfolgen, zu der die militärische Dienstleistung beendet ist, das aktive Militärverhältnis wieder aufgehört hat, und auch ohne Übergabe die Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichtes durch § 10 MStGO. begründet gewesen sein würde.

Von hervorragender praktischer Bedeutung sind dagegen die Fälle des § 4 a. a. O. Auch hier ist es denkbar, daß die dem bürgerlichen Gerichte zur Untersuchung und Aburteilung übergebene Militärperson erst nach ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienste zur Aburteilung gelangt, immerhin werden aber mit Rücksicht auf die Dauer der aktiven Dienstzeit auch die Fälle nicht selten sein, daß die noch aktive Militärperson vor dem bürgerlichen Gerichte sich zu verantworten hat. Die Tat selbst, wegen deren hier die Aburteilung erfolgt, kann sowohl vor Beginn des aktiven Dienstverhältnisses, wie während desselben begangen sein.

Nun herrscht darüber kein Zweifel, daß bei einer Verurteilung einer Militärperson wegen strafbarer Handlungen, die sie vor dem Eintritt in den Militärdienst begangen hat, auf eine Ehrenstrafe nach dem Militärstrafgesetzbuche nicht erkannt werden kann, mag die Verurteilung nun durch ein Militärgericht oder nach § 4 a. a. O. durch ein bürgerliches Gericht erfolgen — Prüf.-Ergebnis des Reichsmil.-Ger. VII, 25, Gen.-Reg.-Entsch. 6—10 S. 239 — denn eine Änderung der Zuständigkeit der aburteilenden Behörde kann keine Änderung in Bezug auf das anzuwendende Strafgesetz im Gefolge haben. Ist hiernach eine aktive Militärperson,

die im Zivilverhältnis eine strafbare Handlung begangen hat, lediglich nach dem allgemeinen Strafgesetz, auch in Bezug auf die Ehrenfolgen zu beurteilen, und zwar trotz Änderung ihres Standes; wie viel mehr muß dann eine aktive Militärperson, die als solche eine strafbare Handlung begangen hat und ohne Änderung ihres Standes gemäß § 4 a. a. O. von einem bürgerlichen Gerichte abgeurteilt wird, auch in Bezug auf die Ehrenfolgen nach den Gesetzen beurteilt werden, denen sie zur Zeit der Tat wie der Aburteilung unterworfen ist.

Demnach müssen die bürgerlichen Gerichte in den Fällen des § 4 a. a. O. stets prüfen, ob die Tat vor dem Diensteintritt oder nach demselben begangen ist, und in letzterem Falle stets erwägen, ob eine militärische Ehrenstrafe angemessen oder geboten ist.

Die bürgerlichen Gerichte in diesen Fällen nicht für befugt zu erachten, auch auf militärische Ehrenstrafen zu erkennen, könnte zu bedenklichen Folgeerscheinungen führen.

Es hat z. B. ein Soldat, während er einige Tage von der Truppe beurlaubt war, mit Zivilpersonen sich an einem Diebstahle beteiligt, der in tatsächlicher Beziehung so verwickelt liegt, daß nur eine einheitliche Untersuchung und Aburteilung zweckmäßig erscheint. Würde das bürgerliche Gericht in solchem Falle nicht in der Lage sein, den Mann auch in Bezug auf die Ehrenstrafen nach den Gesetzen zu beurteilen, die vom Militärgericht auf ihn zur Anwendung gebracht worden wären, so könnte kein Gerichtsherr es verantworten, in einem so gelagerten Falle, wo der Beschuldigte eine militärische Ehrenstrafe — etwa die Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes nach § 37 Abs. 2^2 MStGB. — reichlich verdient hätte, von der Bestimmung des § 4 MStGO. Gebrauch zu machen und so den Beschuldigten besser zu stellen, als es bei Nichtanwendung des § 4 a. a. O. der Fall gewesen wäre. Daß dies Ergebnis mit einer tatsächlichen Beschränkung des Anwendungsgebietes des § 4 a. a. O. gleichbedeutend ist und den Interessen einer sachgemäßen Rechtspflege, der § 4 a. a. O. gerade dienen soll, nicht entspricht, erhellt ohne weiteres.

Während in den Fällen des § 4 a. a. O. in erster Linie immer die Militärgerichte zur Untersuchung und Aburteilung zuständig sind, und die bürgerliche Gerichtsbarkeit eine entsprechende Verfügung des Gerichtsherrn zur Voraussetzung hat, ist für die Fälle des § 3 Abs. 1 MStGO. die Militärstrafgerichtsbarkeit ausgeschlossen, und die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte durch das Gesetz selbst ohne weiteres begründet. Aus dem Ausschluß der Militärstrafgerichtsbarkeit für die hier erwähnten Amtsverbrechen und Amtsvergehen könnte die Annahme hergeleitet werden, daß das Gesetz auch die Aburteilung nur nach den Bestimmungen des bürgerlichen Strafgesetzbuches im Auge habe. Dem ist jedoch nicht so. Nach § 3 Abs. 1 a. a. O. unterliegen nur die dem Offizierstande nicht angehörigen Militärpersonen der bürgerlichen Strafgerichtsbarkeit; Angehörige des Offizierstandes würden daher wegen derselben Amtsverbrechen und Amtsvergehen der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstellt sein, so daß auf sie auch alle diejenigen militärischen Ehrenstrafen Anwendung finden würden, die neben der Verurteilung wegen jener bürgerlichen Amtsdelikte zulässig oder geboten wären. Eine so verschiedene Behandlung aktiver Militärpersonen wegen gleicher Delikte kann nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen.

Dazu kommt, daß nach § 3 Abs. 2 a. a. O. die Militärstrafgerichts-

barkeit auch für die nach Abs. 1 der bürgerlichen Gerichtsbarkeit überlassenen Amtsdelikte dann Platz greift, wenn mit jenen strafbaren Handlungen eine Zuwiderhandlung gegen die Militärgesetze in Ideal- oder Realkonkurrenz zusammentrifft. Daß unter dieser Bedingung die Militärgerichte auch wegen jener Amtsdelikte, die von aktiven Militärpersonen begangen sind, nach den Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuches auf militärische Ehrenstrafen erkennen können, unterliegt keinem Zweifel, es ist aber kein Grund ersichtlich, warum bei dem Fortfall jener Bedingung, die nur für die Zuständigkeit Bedeutung hat, jene aktiven Militärpersonen nach anderen Gesetzen materiell sollten beurteilt werden, als es bei dem rein zufälligen Vorliegen jener Bedingung der Fall wäre.

Hiermit sind die Fälle erschöpft, in denen Zivilgerichte in die Lage kommen können, gegen aktive Militärpersonen auf militärische Ehrenstrafen zu erkennen.

Im Folgenden handelt es sich um die Personen des Beurlaubtenstandes und früher aktiv gewesene, aus jedem Militärverhältnis ausgeschiedene Personen des Soldatenstandes von Offizierrang.

In Frage kommen hier Zuwiderhandlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze, welche jene Personen noch zur Zeit ihres aktiven Dienstverhältnisses begangen haben, die aber erst nach dem Ausscheiden aus dem aktiven Militärdienst zur Aburteilung gelangen. In diesen Fällen kann die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte schon zur Zeit der Aktivität des Angeklagten nach §§ 3, 4, 9 Abs. 2 MStGO. begründet gewesen sein, sie kann aber auch gemäß § 10 a. a. O. erst mit dem Aufhören des die Militärstrafgerichtsbarkeit begründenden Verhältnisses entstanden sein.

Würden die erwähnten Personenkategorien wegen jener Zuwiderhandlungen noch zur Zeit ihrer Aktivität abgeurteilt worden sein, so würden auf sie auch gegebenenfalls die zulässigen oder gebotenen militärischen Ehrenstrafen Anwendung gefunden haben.

Das gleiche würde gelten, wenn ausnahmsweise die Zuständigkeit der Militärgerichte erhalten geblieben wäre. Dies würde der Fall sein, wenn das Delikt mit einem militärischen Verbrechen oder Vergehen in Ideal- oder Realkonkurrenz stände, oder das Verfahren vor dem Militärgerichte am Entlassungstage schon bis zur Erhebung der Anklage gediehen wäre (§§ 10 Abs. 2, 3, 9 MStGO.).

Von rein zufälligen Momenten, von der Schnelligkeit des Verfahrens oder einem Zusammentreffen der Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Strafgesetze mit militärischen Delikten würde mithin die Möglichkeit der Verhängung militärischer Ehrenstrafen abhängig gemacht sein, wenn man das bürgerliche Gericht nach dem Ausscheiden des Angeklagten aus dem aktiven Militärverhältnisse nicht für befugt erachten wollte, erforderlichenfalls auch auf militärische Ehrenstrafen zu erkennen. Dies erscheint nicht angängig. Ein Delikt kann nur nach einheitlichen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden und nicht nach verschiedenen, die noch dazu von rein zufälligen äußeren Momenten abhängig wären.

Die Änderung der Zuständigkeit des aburteilenden Gerichts kann keine Änderung des materiellen Strafrechts, das auf die Tat sonst Anwendung gefunden hätte, herbeiführen, und ebenso ist kein Grund ersichtlich, warum ein bürgerliches Gericht, das schon zur Zeit der Aktivität

des Angeklagten zuständig war (§§ 3, 4, 9 MStGO.), mit dem Ausscheiden des Betreffenden aus dem aktiven Verhältnisse die Tat nach anderen Grundsätzen beurteilen sollte, als es vorher der Fall gewesen.

Wie die Zivilperson, die vor ihrem Diensteintritt eine strafbare Handlung begangen hat, deswegen von dem Militärgericht oder in den Fällen des § 4 MStGO. auch von dem bürgerlichen Gerichte nur nach den Bestimmungen des bürgerlichen Strafgesetzbuches beurteilt und nicht mit militärischen Ehrenstrafen belegt werden darf, so ist umgekehrt auch derjenige, der als aktive Militärperson eine strafbare Handlung begangen hat, auch nach seinem Ausscheiden aus dem aktiven Verhältnis nach den zur Zeit der Tat auf ihn anwendbar gewesenen Strafrechtsgrundsätzen des bürgerlichen wie des Militärstrafgesetzbuches abzuurteilen. Der Änderung des Standes kann nur insofern ein Einfluß auf das anzuwendende Strafrecht eingeräumt werden, als eine bestimmte Strafe mit der Änderung des Standes gegenstandslos oder gesetzwidrig geworden ist.

Auch aus § 42 MStGB. kann kein Argument gegen die hier vertretene Auffassung hergeleitet werden.

Diese Gesetzesbestimmung lautet:

„Wird gegen eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung auf Zuchthaus, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter erkannt, so treten diejenigen militärischen Ehrenstrafen, auf welche bei einer solchen Verurteilung nach den Bestimmungen der §§ 30—40 erkannt werden muß, von Rechtswegen ein.

Erfolgt die Verurteilung einer Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung wegen einer strafbaren Handlung der im § 37 Abs. 2 Nr. 2 bezeichneten Art, so kann ein besonderes Verfahren des Militärgerichts zur Entscheidung darüber angeordnet werden, ob auf Dienstentlassung oder auf Degradation zu erkennen ist."

Hier ist nur die Rede von einer Verurteilung während der Beurlaubung, es ist aber nicht zum Ausdruck gebracht, ob auch die Tat selbst während der Beurlaubung begangen sein muß oder ob sie auch zur Zeit des aktiven Dienstverhältnisses begangen sein kann.

Nur wenn § 42 a. a. O. auch auf letzteren Fall zutreffen würde, könnte daraus der Schluß gezogen werden, daß ohne Rücksicht auf die Zeit der Begehung der Tat gegen nicht aktive Militärpersonen militärische Ehrenstrafen nur unter der Voraussetzung und in den Grenzen des § 42 zulässig seien, die bürgerlichen Gerichte aber militärische Ehrenstrafen gegen nicht aktive Militärpersonen überhaupt nicht aussprechen dürften.

Wie wenig befriedigend dieser Schluß ist, erhellt ohne weiteres, wenn erwogen wird, daß danach die bürgerlichen Gerichte von der Verhängung von Strafen über nicht aktive Militärpersonen ausgeschlossen sein sollen, die sie unter Umständen über aktive Militärpersonen verhängen können. Dieser Schluß erübrigt sich indes, weil der Satz, aus dem er hergeleitet ist, nicht als zutreffend anerkannt werden kann: Die Bestimmungen des § 42 dürfen nicht auf Verurteilungen bezogen werden, die Delikte zum Gegenstande haben, die während der Zeit des aktiven Dienstverhältnisses begangen sind. Diese Delikte sind, als von aktiven Militärpersonen begangen, ohne weiteres mit allen nach dem Aufhören des aktiven Dienstverhältnisses nach möglichen militärischen Ehrenfolgen verbunden, und diesen Ehrenfolgen gegenüber stellen die Bestimmungen

Digitized by Google

des § 42 eine wesentliche Beschränkung dar, indem sie sich nur auf Personen des Beurlaubtenstandes beziehen, und auch der Kreis der zulässigen Ehrenstrafen und der mit solchen verbundenen Delikte enger gezogen ist.

Wird z. B. ein Unteroffizier d. R. wegen einer während seiner aktiven Dienstzeit verübten Körperverletzung zu 2 Jahren Gefängnis verurteilt, so ist damit eine Strafe verhängt, die nach § 40 Abs. 1 No. 1 MStGB. die Degradation erfordert, durch § 42 a. a. O. würde aber keine Degradationsmöglichkeit gegeben sein; oder ein Mann des Beurlaubtenstandes wird wegen eines während seiner aktiven Dienstzeit verübten Diebstahls während der Beurlaubung verurteilt; § 42 bietet keine Handhabe, gegen den Betreffenden die nach § 37 Abs. 2 No. 2 a. a. O. zulässige Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes auszusprechen.

Nach alledem darf dem § 42 nur für diejenigen Fälle eine Bedeutung beigemessen werden, in denen ohne ihn militärische Ehrenstrafen ausgeschlossen wären; dies ist aber normalerweise nur bei denjenigen Delikten der Fall, die außerhalb des aktiven Dienstverhältnisses begangen sind. Auf diese Fälle bezogen, enthält § 42 eine den Interessen der Disziplin dienende Erweiterung der Möglichkeit zur Verhängung militärischer Ehrenstrafen, während er, auch auf die zur Zeit des aktiven Dienstverhältnisses begangenen Delikte bezogen, eine den Anforderungen der Disziplin widersprechende und darum vom Gesetz sicher nicht gewollte Beschränkung der Verhängung militärischer Ehrenstrafen in sich schließen würde.

Nach alledem steht § 42 a. a. O. der Verhängung militärischer Ehrenstrafen gegen Personen des Beurlaubtenstandes und die andere hier interessierende Personenklasse wegen Straftaten, die von den gedachten Personen zur Zeit ihres aktiven Dienstverhältnisses begangen sind, nicht entgegen. Auch Abs. 1 des § 42 ist für diese Fälle nicht maßgebend; es treten deswegen auch diejenigen militärischen Ehrenfolgen, auf die bei Verurteilung zu Zuchthaus, zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder zur Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter — § 42 Abs. 1 — nach §§ 30—40 MStGB. erkannt werden muß, nicht wie im Falle aus § 42 Abs. 1 von Rechtswegen ein, sondern es muß von dem bürgerlichen Gericht ausdrücklich darauf erkannt werden.

Wie bereits erwähnt, stellen die Bestimmungen des § 42 MStGB. Ausnahmen dar von dem Satze, daß wegen strafbarer Handlungen, die außerhalb des aktiven Dienstverhältnisses begangen sind, keine militärischen Ehrenstrafen verhängt werden können. Teils innerhalb des Rahmens des § 42 a. a. O., teils darüber hinaus sind militärische Ehrenstrafen jedoch auch noch in den Fällen denkbar, daß Zivilpersonen sich der Anstiftung oder Beihilfe von Militärpersonen zu militärischen Delikten schuldig gemacht haben.

Hier sind indes folgende Unterschiede zu machen:

1. Die Teilnahme an einer großen Anzahl militärischer Delikte ist durch die Bestimmungen der §§ 112, 141, 142 Abs. 2, 143 Abs. 3 RStGB. zu besonderen Zuwiderhandlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze erhoben. Auf militärische Ehrenstrafen kann das bürgerliche Gericht in diesen Fällen nicht erkennen, da rein bürgerliche, außerhalb des aktiven Dienstverhältnisses begangene Delikte hier in Frage stehen. Nur soweit der Täter eine Person des Be-

urlaubtenstandes ist und in den Fällen der §§ 142, 143 a. a. O. auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt wird, würden nach § 42 MStGB. gewisse militärische Ehrenfolgen von Rechtswegen eintreten können.

2. Stiftet eine Zivilperson zu einem militärisch qualifizierten Delikt an oder leistet sie dabei einer Militärperson Hilfe, so ist unter Berücksichtigung des § 50 RStGB. die Zivilperson nur auf Grund der in jenem Delikt liegenden Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Strafgesetze zu bestrafen. So ist z. B. gegen denjenigen, der einen Soldaten zum Diebstahl gegen einen Kameraden anstiftet, nicht aus § 138 MStGB., sondern aus § 242 RStGB. und gegen den, der einen Soldaten zur Beleidigung eines Vorgesetzten anstiftet, aus § 185 ff. RStGB. und nicht aus § 91 MStGB. einzuschreiten. Auch in diesen Fällen kommen die bürgerlichen Gerichte nicht in die Lage, militärische Ehrenstrafen zu verhängen.

   Denbar sind solche nur gegen Personen des Beurlaubtenstandes unter den Voraussetzungen des § 42 MStGB.

3. Endlich kann auch eine Zivilperson als Anstifterin oder Gehilfin bei einem rein militärischen Delikt in Betracht kommen.

   Ob sie als solche bestraft werden kann, ist, wie bereits oben erwähnt, eine außerordentlich streitige Frage, nimmt man aber die Anstiftung oder Beihilfe in diesen Fällen als strafbar an, so haben die bürgerlichen Gerichte über die betreffende Zivilperson auch die Strafen des Militärstrafgesetzbuches zu verhängen, soweit solche auf Zivilpersonen überhaupt anwendbar sein können.

Dies ist für militärische Ehrenstrafen nur bei Personen des Beurlaubtenstandes und früher aktiv gewesenen, aus jedem Militärverhältnis ausgeschiedenen Personen von Offizierrang der Fall.

Nimmt man freilich an, daß § 42 MStGB. die Verhängung von Ehrenstrafen über Personen des Beurlaubtenstandes für die Fälle, daß die Tat während der Beurlaubung begangen ist, erschöpfend regelt, so würde das bürgerliche Gericht in diesen Fällen keine militärischen Ehrenstrafen aussprechen können. Aus dem oben Dargelegten, wonach § 42 a. a. O. nur als eine Ausnahmebestimmung für die Fälle anzusehen ist, in denen ohne sie militärische Ehrenstrafen nicht denkbar wären, ergibt sich jedoch, daß § 42 a. a. O. auch für diese Fälle der Teilnahme von Personen des Beurlaubtenstandes an rein militärischen Delikten auszuschalten ist.

Eine andere Auffassung würde ein ganz befremdliches Resultat ergeben:

Es stiftet z. B. ein Unteroffizier d. R. einen aktiven Unteroffizier zu einem tätlichen Angriff auf einen Vorgesetzten an, eine Tat, für die bei Nichtannahme eines minder schweren Falles, eine Gefängnisstrafe von mindestens 3 Jahren zu verhängen ist, ohne daß durch § 42 a. a. O. die Möglichkeit gegeben wäre, den betreffenden Unteroffizier zu degradieren; wogegen das bürgerliche Gericht bei Anwendung der auf die Handlung zutreffenden Gesetze — §§ 97, 40 Abs. 1 Nr. 1 Mil. § 48 RStGB. — diese Ehrenstrafe verhängen könnte.

Ganz auffallend würde es auch sein, wenn die bürgerlichen Gerichte Offiziere, die in keinem Militärverhältnis mehr stehen, mit entsprechenden militärischen Ehrenstrafen über den Rahmen des § 42 a.a.O. hinaus sollten belegen können, für Personen des Beurlaubtenstandes aber, für die mili-

tärische Ehrenstrafen in weit höherem Maße aus Gründen der Disziplin geboten sein können, solche Ehrenstrafen nur in dem beschränkten Rahmen des § 42 a. a. O. zulässig sein sollten.

Wenn nach allem Vorstehenden ein verhältnismäßig breiter Raum für Anwendung militärischer Ehrenstrafen durch bürgerliche Gerichte gegeben ist, so ist damit letzteren eine Aufgabe auferlegt, der vollkommen gerecht zu werden, den mit militärischen Verhältnissen weniger vertrauten bürgerlichen Gerichten nicht immer leicht sein wird. Ob hier in Verbindung mit einer Erweiterung des § 42 a. a. O., der in seiner Beschränkung oft nicht den militärischen Interessen genügt, de lege ferenda reformierend einzugreifen ist, mag hier dahingestellt bleiben, jedenfalls wird man auch bei derzeitiger Rechtslage den bürgerlichen Gerichten wohl das Vertrauen entgegenbringen können, daß sie in richtiger Erkenntnis ihrer Aufgabe, auch die rechte Antwort auf die Frage finden werden, ob im einzelnen Falle eine militärische Ehrenstrafe geboten oder doch im Interesse der Disziplin angemessen erscheint oder nicht.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

StPO. §§ 22 Nr. 4, 393. 1. Ein Richter, der als Staatsanwalt auch nur in dem auf Ermittlung des unbekannten Täters gerichteten Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist, ist von der Mitwirkung beim Eröffnungsbeschlusse ausgeschlossen. — 2. Wenn die Aufhebung wegen prozessualer Verstöße erfolgt, die vor der Hauptverhandlung liegen und nicht mehr zu beseitigen sind, ist das Verfahren als unzulässig einzustellen.

I. StrS. U. v. 5. Dezember 1907 g. Sch. 1D 871/07.

Gründe: Die auf Verletzung des § 22 Nr. 4 StPO. gestützte Beschwerde ist begründet.

Der Königliche Landgerichtsdirektor K. hat als Vorsitzender an der Entscheidung vom 3. August 1907 mitgewirkt, durch die das Hauptverfahren eröffnet ist; vorher hatte er als Staatsanwalt die Anordnungen vom 7. November und 21. Dezember 1905 unterzeichnet, die sich auf die in dem Eröffnungsbeschluß bezeichnete und in dem angefochtenen Erkenntnis abgeurteilte Tat beziehen und die Ermittelung des Täters bezwecken. Hiernach war der genannte Richter vorher als Staatsanwalt in der Sache tätig und kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen (§ 22 Nr. 4 StPO.).

Dieser Verstoß führt zwar nicht notwendig zur Aufhebung des Urteils, weil der ausgeschlossene Richter nicht bei diesem selbst mitgewirkt hat (§ 377 Nr. 2 StPO.), wohl aber dann, wenn das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht (§ 375 StPO.). Das ist der Fall, denn der Eröffnungsbeschluß bildete die Grundlage der gegen den Angeklagten durchgeführten Verhandlung, in der das Urteil erging, und das erkennende Gericht war mit der Aburteilung des Angeklagten nur befaßt, weil unter Mitwirkung des ausgeschlossenen Richters vorher entschieden war, daß nach den Ergebnissen des Verfahrens begründeter Verdacht gegen den Angeklagten vorliege (Entsch. **10** 56, **32** 79).

Der Erfolg des Rechtsmittels kann auch nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der gerügte Mangel nicht in der Hauptverhandlung geltend gemacht wurde. Sofern ein Verzicht des Angeklagten auf Geltendmachung des Verstoßes diesen überhaupt zu beheben vermag, so könnte doch ein solcher Verzicht nur

angenommen werden, wenn der Angeklagte wußte, daß der Landgerichtsdirektor K. als Staatsanwalt in der Sache tätig war. Das ist nicht festgestellt, auch nicht daraus herzuleiten, daß der Verteidiger vor der Verhandlung die Akten eingesehen hat.

In § 393 StPO. ist nur die Aufhebung des Urteils angeordnet, wenn dieses auf einer Gesetzesverletzung beruht, nicht aber die Aufhebung der von prozessualen Verstößen betroffenen Teile des Verfahrens, wie sie in § 564 Abs. 2 ZPO. vorgesehen ist. Die StPO. kennt eine solche Art der Aufhebung von Prozeßabschnitten, die der Hauptverhandlung und dem Urteil vorausgehen, und von Entscheidungen, auf denen die einzelnen Teile des Verfahrens beruhen, nicht; insbesondere ist als Folge von Verstößen, die vor der Hauptverhandlung liegen, nicht eine Vernichtung aller Prozeßhandlungen bis zu dem Verstoß und die Erhaltung der ihm vorausgehenden Prozeßhandlungen vorgeschrieben. Deshalb ist nur die Aufhebung des Urteils, nicht auch die des fehlerhaften Eröffnungsbeschlusses zulässig, und die Zurückweisung der Sache an das Landgericht zu dem Zwecke, um wiederholt auf die Anklageschrift zurückzugehen und gemäß § 199 ff. StPO. zu verfahren, ist nicht angängig.

Andererseits kann der fehlerhafte Beschluß auch nach Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht die Grundlage für eine erneute Hauptverhandlung bilden. Daher verbietet sich die Zurückweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das erkennende Gericht. Nach der prozessualen Lage, in der sich die Sache befindet, erweist sich vielmehr die Fortführung des Verfahrens als unzulässig und unmöglich. Im Gegensatz zu den in Entsch. **1** 66 und **32** 79 erörterten Fällen ist das Gericht nicht in der Lage, die dem Eröffnungsbeschluß anhaftenden Mängel vor der erneuten Hauptverhandlung zu beseitigen. Die Unzulässigkeit der Fortsetzung des Verfahrens auf Grund des einmal vorhandenen Eröffnungsbeschlusses bedingt vielmehr, den formalen Abschluß des Verfahrens durch eine Entscheidung, die, als Einstellung des Verfahrens bezeichnet, nur die Fortsetzung des auf dem Eröffnungsbeschluß beruhenden Strafverfahrens unmöglich macht, sachlich aber der wiederholten Eröffnung des Hauptverfahrens und der weiteren Verfolgung des Angeklagten im ordnungsgemäßen Verfahren nicht entgegensteht.

Die Kosten des Verfahrens fallen nach Aufhebung der im Urteil getroffenen Kostenentscheidung und da das eingeleitete Verfahren nicht fortgesetzt wird, der Staatskasse zur Last.

StGB. § 267. Spesennote eines deutschen Frachtbriefes als beweiserhebliche Privaturkunde i. S. des Ges.

II. Str.S. U. v. 13. Dezember 1907 g. R. 2 D 950/07.

Gründe: Die Spesenrechnung bildet einen wesentlichen Teil des für die Frachtgeschäfte der deutschen Eisenbahnen vorgeschriebenen Frachtbriefs. Daß ihr für die darin verzeichneten Frachtansprüche der Eisenbahnverwaltung eine beweiserhebliche Bedeutung mindestens in dem Falle zukommt, wenn das Gut und der Frachtbrief vom Empfänger angenommen worden sind, hat das Reichsgericht im Hinblick auf Art. 406 (jetzt § 436) HGB. schon in einer früheren Entscheidung (Rechtspr. **1** 751) ausgesprochen und wird auch vom Beschwerdeführer nicht bezweifelt. Bestritten wird nur, daß eine solche Annahme von Gut und Frachtbrief hier stattgefunden habe.

Die Revision übersieht jedoch, daß der Angeklagte selbst es ist, der die in Betracht kommenden Frachtsendungen als Bevollmächtigter der Empfänger von der Eisenbahn in Empfang genommen hat. Das Urteil stellt gegen den Angeklagten ausdrücklich fest, daß, wenn ihm von seinen Kunden Frachtgüter zum Abrollen vom Bahnhof übertragen worden waren, er sich mit einem Beamten der Güterabfertigungsstelle deshalb zunächst verrechnet hat, daß er sodann die Fracht bezahlt und auf Grund dessen die Frachtbriefe sowie das Frachtgut vom Güterboden herausbekommen hat.

Die Auslieferung des Guts und des Frachtbriefs geschah demnach an den Angeklagten mit der gleichen rechtlichen Wirkung wie an den Empfänger. Dementsprechend mußte auch der Frachtbrief in den Händen des Angeklagten dieselbe Bedeutung haben, die er nach § 436 HGB. der Eisenbahnverwaltung gegenüber in den Händen des Empfängers äußerte. Er bewies nicht allein, daß die Eisenbahn die dort als Fracht verrechneten Beträge für sich in Anspruch nahm, sondern überdies zugleich, daß diese Beträge an die Eisenbahnverwaltung bereits bezahlt waren; denn nach § 435 HGB. erfolgt die Übergabe des Frachtbriefs

Digitized by Google

und die Auslieferung des Guts nur gegen Erfüllung der sich aus dem Frachtvertrage wider den Frachtführer ergebenden Verpflichtungen.

Die Tatsache der Erfüllung dieser Verpflichtungen war andererseits aber auch wiederum von Erheblichkeit für das Rechtsverhältnis zwischen dem Angeklagten und seinen Vollmachtgebern. Der Angeklagte war auf Grund des Auftrags berechtigt, von seinem Auftraggeber den Ersatz dessen zu verlangen, was er zur Einlösung des Frachtguts an die Eisenbahnverwaltung hatte aufwenden müssen (§ 670 BGB.); zum Beweise der Höhe seiner Aufwendungen diente ihm zunächst der Frachtbrief, dessen Spesenrechnung ohne weiteres ergab, welche Beträge an Frachtgeldern und sonstigen Auslagen der Eisenbahn erwachsen waren und vom Angeklagten an sie hatten bezahlt werden müssen.

Es ist somit nicht rechtsirrig, wenn das Landgericht den Spesenrechnungen, deren Verfälschung dem Angeklagten zur Last fällt, die Eigenschaft einer Privaturkunde beigelegt hat, die im Sinne des § 267 StGB. zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist.

Die Revision war zu verwerfen.

StGB. § 159. Das Unternehmen der Verleitung zum Meineide ist nicht von der objektiven Unrichtigkeit des — nach dem Willen des Verleitenden abzugebenden — Gutachtens abhängig.

IV. StrS. U. v. 3. Januar 1908 g. E. 4 D 999/07.

Aus den Gründen: In dem Rechtsstreit des Angeklagten gegen S. hatte das Prozeßgericht — das Amtsgericht zu N. — die Vernehmung von zwei Sachverständigen L. und F. über die Behauptung des Angeklagten, daß der gelieferte Ladentisch für das Bäckergewerbe besonders brauchbar und daß der geforderte Preis angemessen sei, angeordnet. Mit Beziehung auf diese bevorstehende Vernehmung hat der Angeklagte zu L. geäußert, er könne sagen, daß man zu 3 Schubkasten dieselbe Einrichtung haben müsse, wie zu 7 Schubkasten, und von F. verlangt, daß er zu seinen Gunsten aussagen solle. In diesen Äußerungen hat die Strafkammer den Tatbestand des § 159 StGB. gefunden, indem sie für erwiesen erachtet, daß der Angeklagte mit der Möglichkeit gerechnet habe, L. werde begutachten, daß bei Anordnung von 7 Schubkasten ein besonderer Holzboden, bei 3 Schubkasten aber ein solcher nicht erforderlich sei, und daß er angenommen habe, F. könne vielleicht zu seinen Ungunsten aussagen, sowie daß sein Wille darauf gerichtet gewesen sei, beide Sachverständige eventuell, nämlich für den Fall, daß seine Befürchtungen zuträfen, zu bestimmen, gegen ihre Überzeugung ihr Gutachten abzugeben und wissentlich etwas Unwahres zu beschwören.

Hiermit sind die Tatbestandsmerkmale des § 159 StGB. sowie auch diejenigen des § 154 StGB., welche die Anwendbarkeit des § 159 voraussetzt, ausreichend und einwandfrei nachgewiesen. Namentlich ist einwandfrei nachgewiesen, daß der Angeklagte von den beiden Sachverständigen Gutachten verlangt hat, welche — worauf es für den Tatbestand des § 159 a. a. O. allein ankommt — nach seiner Meinung auf seiten der Aussagenden wissentlich falsch abgegeben sein würden. Der vom Beschwerdeführer vermißten Feststellung, daß die nach seinem Verlangen abzugebenden Gutachten auch objektiv falsch gewesen sein würden, bedurfte es nicht. Das von einem Sachverständigen abzugebende Gutachten ist dazu bestimmt, den Richter, dem die erforderliche Sachkunde fehlt, darüber zu unterrichten, wie die streitige Frage von einem Sachverständigen beurteilt wird, und ihm dadurch zu ermöglichen, sich ein eignes Urteil zu bilden. Gegenstand des Gutachtens ist somit ein innerer Vorgang. Das abzugebende Urteil des Sachverständigen ist das Ergebnis, zu welchem er im Wege einer Verstandestätigkeit auf Grund seiner Kenntnisse und seiner Erfahrung gelangt, und es hat nur Wert, wenn es diesem Ergebnis entsprechend abgegeben wird. Deshalb lautet auch der vom Sachverständigen zu leistende Eid dahin, daß er „nach bestem Wissen und Gewissen" das Gutachten erstatten werde. Hat er dies getan, dann kann sein Gutachten nie als ein falsches im Sinne des § 154 StGB. gelten, wenn es sich auch als sachlich nicht zutreffend erweisen sollte. Andererseits aber ist es stets als ein falsches im Sinne des § 154 anzusehen, wenn es bewußt im Widerspruch mit demjenigen abgegeben ist, was der Sachverständige als richtig erkannt hatte, da es dann von seinem Standpunkte aus, der nach dem von ihm geleisteten Eide,

Digitized by Google

das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten, der allein maßgebende ist, eine wissentliche Unwahrheit bildet.

Für den Tatbestand des § 159 des Strafgesetzbuchs kam es hiernach darauf an, ob die Gutachten, deren Erstattung der Angeklagte den beiden Sachverständigen zumutete, von deren Standpunkte aus wissentlich falsch gewesen sein würden und dem Angeklagten dies bewußt gewesen ist. Dies ist einwandfrei festgestellt. (Folgt weitere Ausführung, daß auch der Eventualvorsatz richtig begründet sei.)

Die Revision war hiernach zu verwerfen.

StGB. § 346. Die Verpflichtung zur Verfolgung einer strafbaren Handlung entfällt nicht nur für denjenigen Beamten, welcher Teilnehmer der Haupttat im engeren Sinne ist, sondern auch für den, der nach vollendeter Tat in nach § 257 oder § 346 StGB. strafbarer Weise zu Gunsten des Täters positiv wirksam geworden ist.

V. StrS. U. v. 3. Januar 1908 g. Gemeindeförster E. 5 D 879/07.

Aus den Gründen: ... Unbegründet sind die Rügen der Revision, daß der Vorderrichter verkannt habe, daß nur eine strafbare, d. h. vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen das Wildschongesetz den Angeklagten zur Verfolgung dieser Tat des F. verpflichten konnte, und daß der strafbare Vorsatz des Angeklagten nicht in ausreichender Weise festgestellt sei. Die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils stehen beiden Angriffen entgegen.

Dagegen unterliegt die Annahme des Landgerichts, daß der Angeklagte zur Verfolgung der Übertretung des Wildschongesetzes seitens des F. verpflichtet gewesen sei, um deswillen wesentlichen Bedenken, weil das Landgericht auch feststellt, daß der Angeklagte bewußtermaßen dazu mitgewirkt habe, daß die Gesetzesverletzung unbekannt und ungesühnt blieb, oder, wie es an anderer Stelle des Urteils heißt, daß er geholfen habe, den Tatbestand zu verdunkeln, und zwar durch Aussägen des Schädels und das Ausschneiden der Geschlechtsteile des erlegten Wildes. Durch derartige positive auf Vereitelung des Strafrechtsanspruchs gerichtete Handlungen aber konnte sich der Angeklagte zwar nicht einer strafbaren Begünstigung schuldig machen, da § 257 StGB. die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens voraussetzt, hier aber nur eine Übertretung in Frage stand; wohl aber beging er damit eine dem § 346 StGB. selbst insofern unterliegende Handlung, als diese geeignet war, eine Freisprechung des F. im Falle einer anderweit gegen diesen etwa erstatteten Anzeige herbeizuführen.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ist anzunehmen, daß diese positiven, der Bestrafung aus § 346 StGB. unterliegenden Begünstigungshandlungen zusammenfielen — oder doch nicht wesentlich später erfolgten —, mit dem Zeitpunkte, in welchem der Angeklagte von der strafbaren Handlung des F. Kenntnis erhielt, und mit welchem seine Verpflichtung zu deren Verfolgung erst beginnen konnte. Der Angeklagte hätte daher der ihm an sich obliegenden Verpflichtung zur Verfolgung dieser strafbaren Tat nicht nachkommen können, ohne zugleich auch sich selbst die Verfolgung wegen seiner auf die Vereitelung der Bestrafung des F. gerichteten positiven Tätigkeit zuzuziehen.

Damit aber entfiel für ihn die Verpflichtung zur amtlichen Tätigkeit in seiner Eigenschaft als eines zur Mitwirkung bei Ausübung der Strafgewalt berufenen Beamten.

Nach dem der Bestimmung des 54 StPO. zu Grunde liegenden, in den Entsch. **3** 1 und **31** 196 anerkannten Grundsatz, daß eine Rechtspflicht zur Anzeige oder sonstigen Verfolgung der eigenen strafbaren Handlung nicht besteht, erlischt die Verpflichtung zur Verfolgung des fremden Täters nicht nur für denjenigen Beamten, welcher Teilnehmer der Hauptat im engeren Sinne, also Anstifter oder Gehilfe ist, sondern auch für denjenigen, der nach vollendeter Tat in — nach §§ 257 oder 346 StGB. — strafbarer Weise zu Gunsten des Täters positiv wirksam geworden ist.

Die Bestrafung des Angeklagten konnte also auf Grund der ersten Alternative des § 346 — wegen unterlassener Verfolgung der strafbaren Handlung des F. — nicht, wie geschehen, erfolgen, wenn der Angeklagte, wie nach den Feststellungen des Urteils anzunehmen ist, eine Handlung begangen hatte, welche geeignet war, eine Freisprechung des F. herbeizuführen. Die Verurteilung des Angeklagten kann auch nicht mit der Erwägung aufrecht erhalten werden, daß nach den Feststellungen des ersten Urteils jedenfalls die eine oder die andere Alternative des § 346 StGB. gegeben ist. Denn der Tatbestand der zweiten,

Digitized by Google

dem erstinstanzlichen Urteil nicht zu Grunde gelegten Alternative ist ein wesentlich anderer. Ihre Anwendung könnte nicht erfolgen, ohne daß der Angeklagte auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht ist. Es ist daher die Aufhebung des angefochtenen Urteils, insoweit dieses die Verurteilung des Angeklagten ausspricht, mit den ihm insoweit zu Grunde liegenden Feststellungen geboten.

StGB. § 184. Zum Begriffe der „unzüchtigen Abbildung" insbesondere von Photographien.

I. StrS. U. v. 4. Januar 1908 betr. Unbrauchbarmachung unzüchtiger Photographien. 1 D 906/07.

Gründe: Durch jede der 4 den Gegenstand des Verfahrens bildenden, zum Zwecke der Verbreitung hergestellten Photographien ist eine nackte weibliche Person abgebildet. Die Strafkammer verneint die Unzüchtigkeit der Abbildungen. Sie meint: „es lasse zwar keines der Bilder ein höheres künstlerisches Interesse erkennen, ebensowenig aber enthielten die Bilder, sei es durch die Stellung der Körper selbst oder die Darstellung einer Handlung, irgend ein Merkmal, welches das normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl irgendwie verletzen könnte; der nackte menschliche Körper als solcher, der hier dargestellt sei, könne unmöglich als objektiv unzüchtig erachtet werden".

Diese Ausführungen lassen erkennen, daß die Strafkammer den Begriff der unzüchtigen Abbildung verkannt und insbesondere das Merkmal des Geschlechtlichen, das sie auch im Urteil gar nicht ausdrücklich hervorhebt, nicht entsprechend gewürdigt hat. Vor allem hat sie übersehen, daß „der nackte menschliche Körper als solcher" etwas anderes ist, als die Abbildung eines solchen Körpers. Soll eine Abbildung darauf geprüft werden, ob sie unzüchtig im Sinne des § 184 Nr. 1 StGB. ist, so darf nicht der bildlich dargestellte Gegenstand „als solcher" für sich allein in Betracht gezogen werden, vielmehr ist die bildliche Darstellung des Gegenstands, wie sie in der Abbildung sich zeigt, zu würdigen. Der Inhalt einer Abbildung ist nicht nur körperlicher, sondern auch geistiger Natur. Es sind daher auch Sinn und Zweck der Abbildung von Bedeutung und in dieser Hinsicht ist alles zu berücksichtigen, was hierfür aus der bildlichen Darstellung und den ihr anhaftenden, unmittelbar mit ihr verknüpften äußeren Umständen zu entnehmen ist. Entsch. **24** 365 (367).

Der nackte menschliche Körper als solcher kann allerdings niemals als unzüchtig bezeichnet werden, denn seine Erscheinung an sich kann nicht gegen Scham und Sitte verstoßen. Scham und Sitte verlangen aber, daß der menschliche Körper im allgemeinen Verkehr nur mit einer den jeweiligen Anforderungen entsprechenden Bekleidung sich zeige. Wird der an sich nicht schamverletzende und nicht unzüchtige nackte Körper der Allgemeinheit zur Schau gestellt, so verstößt das jedenfalls dann, wenn es sich um Personen von vorgeschrittener geschlechtlicher Entwickelung handelt, gegen die allgemein anerkannten Gesetze von Scham und Sitte; die Erscheinung in der Öffentlichkeit ist geeignet, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen, und erlangt daher die Eigenschaft des Unzüchtigen. Wenn auch in solchem Falle die geschlechtliche Beziehung nicht durch besondere sinnfällige Vorkehrungen hergestellt ist, was nach der im Urteil niedergelegten Auffassung der Strafkammer offenbar von ihr für das allein entscheidende gehalten wird, so ergibt sie sich doch ohne weiteres daraus, daß beim öffentlichen Zurschaustellen des unverhüllten menschlichen Körpers durch die damit verbundene Enthüllung der geschlechtlichen Teile und Körperformen deshalb, weil Zucht und Sitte deren Verhüllung im allgemeinen Verkehr vorzugsweise erheischen, der Eindruck erweckt wird, daß gerade sie, die als geschlechtliche Unterscheidungsmerkmale am nackten Körper ohnehin besonders auffallen müssen, in erster Linie den Blicken beliebiger Beschauer, namentlich auch solchen des anderen Geschlechts, preisgegeben werden sollen.

Die Photographie bildet das Mittel, die Erscheinung des natürlichen unverhüllten menschlichen Körpers in möglichst naturgetreuer Wiedergabe im Bilde festzuhalten. Das Darbieten des unverhüllten Körpers zur photographischen Aufnahme wird meistens einer Preisgabe zur Besichtigung durch beliebig viele und beliebig welche Beschauer gleichkommen. Wie die Erscheinung des in der Öffentlichkeit sich zeigenden natürlichen Körpers einer geschlechtlich mehr oder weniger entwickelten Person in der Regel als etwas unzüchtiges zu erklären

sein wird, so muß solches gleichmäßig auch für eine photographische Abbildung gelten, durch welche die Preisgabe zur allgemeinen Besichtigung verkörpert wird. Eine Ausnahme ist in solchen Fällen nur dann zuzugeben, wenn die Abbildung nach den aus ihr erkennbaren und mit ihr gegenständlich verknüpften äußeren Umständen eine ausschließliche Zweckbestimmung erkennen läßt, durch deren Vorhandensein die sinnliche Empfindung beim Anblicke des geschlechtlich Nackten zurückgedrängt wird (Entsch. **24** 365).

Ob und unter welchen Voraussetzungen etwa danach bei sogenannten Aktphotographien, als welche der Urheber der vorliegenden Bilder diese beurteilt wissen möchte, die Eigenschaft des Unzüchtigen verneint werden könnte, darf im vorliegenden Falle unerörtert bleiben, da nach den Feststellungen der Strafkammer keines der Bilder ein höheres künstlerisches Interesse erkennen läßt, also offenbar in Wahrheit von Aktphotographien überhaupt nicht gesprochen werden kann.

Da nach alledem das Urteil auf Rechtsirrtum beruht, unterlag es der Aufhebung.

StPO. § 264. Hinweis ist erforderlich, wenn im Falle des § 237 StGB. die Entführung erfolgt sein soll, um die Entführte zur Ehe zu bringen, während der Eröffnungsbeschluß annahm: zur Unzucht.

V. StrS. U. v. 7. Januar 1908 g. H. 5 D 934/07.

Aus den Gründen: Das Hauptverfahren ist gegen den Angeklagten entsprechend der Anklageschrift auf Grund des § 237 StGB. unter der Beschuldigung eröffnet worden, die A. B. entführt zu haben, „um sie zur Unzucht zu bringen." Das Urteil stellt fest, daß die Entführung erfolgte, um die Entführte zur Ehe zu bringen. Mit Recht rügt die Revision, daß diese Verurteilung ohne die, ausweislich des Protokolls über die Hauptverhandlung nicht erfolgte, Hinweisung auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes gegen den § 264 StPO. verstößt. Nach § 237 StGB. ist die Entführung strafbar, wenn sie erfolgt, um die Frauensperson zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen. Der dadurch gekennzeichnete Endzweck der Entführung fordert also in subjektiver Beziehung eine auf die Verfolgung geschlechtlicher Zwecke gerichtete Willensabsicht des Täters (Entsch. **16** 391/392). Diese Willensabsicht ist aber verschieden, je nachdem sie bezweckt, die Entführte zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen. Es liegen daher zwei, in einem Strafgesetze zusammengefaßte tatsächlich und rechtlich verschiedene Tatbestände, nicht bloß gleichartige Erscheinungsformen des nämlichen einheitlichen Tatbestandes vor. Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem unmittelbar vorhergehenden § 236 StGB., bei dem die Verschiedenheit dieses Endzwecks auch zu verschiedenen Strafandrohungen geführt hat. Daß im § 237 die Strafandrohung die gleiche bleibt, mag der eine oder andere Zweck mit der Entführung verfolgt werden, hebt die Verschiedenheit der Tatbestände nicht auf. Diese erfordert aber, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat (vergl. Entsch. **40** 114, **39** 107, **37** 102 Goltd. Arch. **51** 354), bei der Abweichung des Urteils von dem Eröffnungsbeschlusse die Hinweisung nach § 264 StPO.

StPO. § 297, StGB. § 249. Bei Stellung der Hauptfrage aus § 249 StGB. und einer Nebenfrage nach mildernden Umständen ist es entbehrlich, die Geschworenen — durch Fassung der Frage oder sonst — darauf aufmerksam zu machen, daß im Falle der Verneinung der Gewaltanwendung und Bejahung der Hauptfrage im übrigen Diebstahl im wiederholten Rückfalle in Frage komme.

IV. StrS. U. v. 10. Januar 1908 g. G. 4 D 1036/07.

Vergl. U. FS. v. 28. August 1906 Entsch. **39** 97.

Aus den Gründen: Die Einwendungen des Beschwerdeführers vermögen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolge zu verhelfen.

Eine Verletzung materiellrechtlicher Vorschriften liegt nicht vor. Dadurch, daß die Geschworenen die ihnen vorgelegte das Verbrechen im Sinne des § 249 StGB. betreffende Frage 1 unter Verneinung des Begriffsmerkmals der Gewaltanwendung bejaht haben, ist der Tatbestand des § 242 StGB. bedenkenfrei festgestellt. Weiter ist durch Verneinung der Frage 3 ausgesprochen, daß mildernde Umstände in Beziehung auf die Tat, wie sie sich durch Beantwortung der Hauptfrage darstellt, nicht vorliegen. Da auch die Voraussetzungen des Rückfalles im Urteile nachgewiesen sind, ist die Anwendung des § 244 StGB. gegen den Angeklagten einwandfrei gerechtfertigt.

Digitized by Google

Die Beschwerden wegen Verletzung von Vorschriften über das Verfahren sind gleichfalls nicht stichhaltig.

Wenn der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, es habe eine Frage nach dem Vorliegen des Rückfalls in die erste Hauptfrage aufgenommen werden müssen, so ist diese Ansicht rechtsirrig, da nach § *262* StPO. die Schuldfrage nicht die Voraussetzungen des Rückfalls begreift, eine Frage in dieser Richtung daher den Geschworenen überhaupt nicht vorgelegt werden darf, es vielmehr lediglich der Prüfung des Gerichts unterliegt, inwieweit diese Voraussetzungen im einzelnen Falle gegeben sind.

Ebensowenig kann die Rüge der Verletzung des § 297 StPO. durchdringen. Die Frage 1 enthält nicht nur den Tatbestand des § 249, sondern zugleich alle Tatbestandsmerkmale des Vergehens im Sinne des § *242* StGB. Die Stellung einer besonderen Hilfsfrage wegen Diebstahls für den Fall, daß die Anwendung der Gewalt von den Geschworenen verneint würde, war nicht beantragt, auch im Hinblick auf die den Geschworenen in § 305 Abs. *2* StPO. eingeräumte Berechtigung nicht erforderlich. Es konnte daher auch nur eine Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände bezüglich der in der Frage bezeichneten Tat gestellt werden. Machten die Geschworenen von der Berechtigung, die Hauptfrage teilweise zu bejahen und teilweise zu verneinen, Gebrauch, so waren sie dadurch der Beantwortung der ihnen für den Fall der Bejahung der Hauptfrage vorgelegten Frage nach mildernden Umständen nicht enthoben. Es war vielmehr diesfalls Sache des Gerichts, zu prüfen, inwieweit trotz des Ausscheidens eines Tatbestandmerkmals bei dem nunmehr festgestellten Tatbestande die Beantwortung der Frage nach mildernden Umständen für die Entscheidung noch von Bedeutung werden könne. Es war nicht nötig, bei Stellung der Frage, sei es durch deren Fassung oder sonst, die Geschworenen darauf aufmerksam zu machen, daß bei Verneinung der Gewaltanwendung und Bejahung der Frage im übrigen Diebstahl im wiederholten Rückfalle in Frage kommen könne. Übrigens ist nicht ausgeschlossen, daß die Geschworenen bei der ihnen durch den Vorsitzenden erteilten Rechtsbelehrung auch auf diese Möglichkeit hingewiesen worden sind, da über deren Inhalt das Sitzungsprotokoll nichts zu enthalten hat. Das Vorliegen der den Rückfall begründenden Strafen war, wie der Beschwerdeführer selbst nicht bestreitet, zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden; ob dies bei Feststellung der Personalien oder im weiteren Verlaufe der Verhandlung geschehen ist, bleibt ohne Bedeutung.

Die Revision war daher als unbegründet, nach § 505 der StPO. kostenpflichtig, zu verwerfen.

GewerbeO. § 153. Zum Begriffe „teilnehmen" i. S. des Paragraphen.

II. StrS. U. v. 14. Januar 1908 g. R. *2* D 681/07.

Aus den Gründen: Der Tatbestand des § 153 GewO. liegt nicht vor. Vorab ist zwar zu bemerken, daß es für diesen Tatbestand nicht darauf ankommt, ob günstigere Lohn- oder Arbeitsbedingungen als die bisherigen erstrebt werden. Das Gesetz spricht nur von Erlangung günstiger Bedingungen dieser Art. Nach Ablauf eines Tarifvertrages wollten die Arbeitgeber nur unter Erneuerung eines solchen Arbeitsverträge abschließen, die Arbeitnehmer dagegen ohne solche, sie an weiteren Forderungen für deren Dauer hindernde, Verträge in Arbeit treten. Für jeden nunmehr Arbeit suchenden Arbeitnehmer stellte die Freiheit von einem von den beiden Verbänden geschlossenen Tarifvertrage eine Arbeitsbedingung dar, die er als eine ihm nach seiner Meinung günstige zu erlangen suchen konnte. Die zum allgemeinen Holzarbeiterverbande, der die Erneuerung von Tarifverträgen ablehnte, gehörenden Arbeiter waren von einem Arbeitgeber ausgesperrt.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber, daß K. nicht hat bestimmt werden sollen, an irgend einer Verabredung der in § 152 a. a. O. bezeichneten Art teilzunehmen. Ausdrücklich ist festgestellt, daß er nicht aufgefordert ist, dem Holzarbeiterverbande beizutreten. Abgesehen hiervon erwähnt das Urteil eine Verabredung der ausgesperrten Arbeiter, die zum Zweck gehabt habe, die noch Arbeitswilligen umzustimmen und den Zuzug neuer Arbeitswilliger zu verhindern. Allein nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Angeklagte nicht versucht, den K. zum Beitritt zu dieser Verabredung zu bestimmen, also einen weiteren Teilnehmer dieser Verabredung zu gewinnen; es ist nichts weiter geschehen, als daß seitens der durch jene Verabredung Ver-

bundenen, der ausgesperrten Arbeiter, ein Druck auf K. ausgeübt ist, sich des Arbeitens zu enthalten, also l e d i g l i c h zu einem passiven Verhalten. Das Bestreben wird in Fällen solcher Art oft dahin gehen, aus unschädlich gemachten Gegnern tätige Genossen zu machen; allein im vorliegenden Falle hat der Angeklagte sich darauf beschränkt, zu versuchen, einen die Erreichung des Zieles störenden Gegner zu beseitigen. Hieran ändert es nichts, daß dieser Gegner ebenfalls zur Klasse der Arbeitnehmer gehörte, und daß ihm die Untätigkeit nicht schlechthin, sondern gegen eine gewisse Schadloshaltung angesonnen wurde. —

Eine bei der Bedeutung des Ausdrucks „teilnehmen" in der Sprache nicht zu rechtfertigende ausdehnende Auslegung des Gesetzes würde es sein, wenn reine Unterlassungen schon um deswillen als Teilnahme an Bestrebungen anderer behandelt werden sollen, weil sie deren Zwecke objektiv fördern.

StPO. § 444; WarenzeichenschutzG. v. 12. Mai 1894 § 18. Sobald eine Entscheidung über einen Antrag auf Buße möglich ist, muß sie getroffen werden. In der bloßen Unsicherheit der Festsetzung des Schadensbetrages ist kein Hindernis zu finden.

II. StrS. U. v. 28. Januar 1908. 2 D 1073/07.

A u s d e n G r ü n d e n: Die Nebenklägerin hat laut Protokoll eine Buße von 600 bis 1000 Mk. begehrt. Das Landgericht lehnt die Zuerkennung einer Buße ab, weil in diesem Verfahren jeder Anhaltspunkt für die Berechnung der Höhe des Schadens fehle. Dieser Satz wird zunächst damit begründet, daß die Nebenklägerin selbst für die beantragte Buße einen Spielraum von 400 Mk. offen lasse. Diese Erwägung steht der Zubilligung einer Buße nicht entgegen; die stillschweigende Einräumung der Nebenklägerin, daß der Betrag sich nicht genau berechnen lasse, darf ihr nicht zum Nachteil gereichen. Der weitere Grund geht dahin, daß die Nebenklägerin bisher nicht das geringste Material beigebracht habe, das einen Schluß auf die Höhe ihres tatsächlich erlittenen Schadens erlauben würde. Dieser Satz muß den Anschein erwecken, als wäre nach Ansicht des Landgerichts nur das v o n d e r N e b e n k l ä g e r i n b e i g e b r a c h t e Material zu berücksichtigen. Eine solche Ansicht wäre rechtsirrtümlich; der Inbegriff der Hauptverhandlung ist auch für die Buße entscheidend. (Folgt Ausführung, daß aus den Feststellungen des Urteils verschiedene Anhaltspunkte zu entnehmen sind, auf Grund deren nach freiem Ermessen über Entstehung und Betrag des Schadens entschieden werden könnte.) Sobald eine solche Entscheidung möglich ist, muß sie getroffen werden. In der bloßen Unsicherheit der Festsetzung des Schadensbetrages ist kein Hindernis zu finden. (Vergl. Entsch. **17** 190, wodurch von dem Urteil in Rechtspr. **4** 224 abgegangen ist.) Nicht zu vermeiden ist die Gefahr, daß die Buße zu niedrig bemessen wird, wenn weitere Beweiserhebungen über den Schadensbetrag dadurch abgeschnitten werden, daß zur Hauptsache die Entscheidung spruchreif ist und ergeht.

G. v. 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst § 18 Abs. 2 u. 3. Können Berichte über Gerichtsverhandlungen den Charakter von Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts annehmen?

II. StrS. U. v. 4. Februar 1908 g. M. 2 D 1062/07.

A u s d e n G r ü n d e n : Jede durch Druck veröffentlichte Nachricht tatsächlichen Inhalts erfordert eine gewisse Form und ein gewisses Maß geistiger Tätigkeit. Ist sie kein Schriftwerk im Sinne des § 1 Nr. 1 des Gesetzes vom 19. Juni 1901, so darf sie eben deshalb abgedruckt werden. Vermischte Nachrichten tatsächlichen Inhalts dürfen aber nach § 18 Abs. 3 das. aus Zeitungen auch dann abgedruckt werden, wenn sie Schriftwerke sind, wenn also der Gedankeninhalt durch die Formgebung zu einem individuellen geistigen Erzeugnis geworden ist. Berichte über Gerichtsverhandlungen können unter beide Arten von Nachrichten tatsächlichen Inhalts fallen. Sie können aber auch den Charakter von Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts annehmen. Die Grenzen sind nicht scharf zu ziehen. Daher kann es nicht als r e c h t s irrtümlich erachtet werden, daß die Strafkammer eine solche Ausarbeitung in dem vom Angeklagten nachgedruckten Berichte des Schriftstellers M. über eine Verhandlung vor dem Kammergericht erblickt hat.

Digitized by Google

StGB. § 245. Die sog. Rückfallsverjährung beginnt zu Gunsten eines nach Maßgabe des § 23 f. StGB. vorläufig Entlassenen nicht schon mit dem Tage der tatsächlichen Entlassung aus der Strafhaft, sondern erst mit dem Ablauf der festgesetzten Strafzeit.

IV. StrS. U. v. 4. Februar 1908 g. R. 4 D 1145/07.

Aus den Gründen: . . . Der Beschwerde, daß in den unter Nr. 1 und 2 behandelten Fällen rechtsirrtümlich Diebstähle im strafschärfenden Rückfall angenommen worden seien, ist der Erfolg zu versagen. Die Rückfallverjährung beginnt mit dem letzten Tage der Verbüßung bezw. mit dem Tage des Erlasses der erkannten Strafe. Nach dem klaren Wortlaute des § 26 StGB. ist die Strafe des gemäß § 23 a. a. O. vorläufig entlassenen Sträflings am Tage seiner Beurlaubung nur teilweise verbüßt; erst mit Ablauf der festgesetzten Strafzeit gilt die Strafe infolge der Bestimmung des § 26 StGB., welche ihre Ergänzung in dem den Fall des Widerrufs behandelnden § 24 Abs. 2 daselbst findet, als verbüßt, d. h. die in der Freiheit zugebrachte Zeit wird nunmehr dem vorläufig Entlassenen ebenso zugerechnet, als wenn sie in der Strafanstalt zugebracht worden wäre. Dieser Anschauung entspricht nicht nur der Zweck der Maßregel des § 23 StGB., sondern auch ihre Bezeichnung als „vorläufige" Entlassung. Die Anschauung, daß es sich um einen im Augenblicke der vorläufigen Entlassung eintretenden teilweisen Straferlaß handeln könnte, ist als mit dem Gesetzesinhalte unverträglich zurückzuweisen. Die Rückfallverjährung beginnt erst mit dem Ablauf der festgestzten Strafzeit. Wenn die Beschwerdeführerin für die gegenteilige Ansicht noch ausführt, daß es um deswillen auf den Zeitpunkt der Beurlaubung ankommen müsse, weil dem Entlassenen von da an die Möglichkeit der Begehung neuer Diebstähle eröffnet sei und ihm das Nichtbenützen dieser Möglichkeit nach dem gesetzgeberischen Grunde des § 245 StGB. zugute gerechnet werden müsse, so kann diesem Beweisgrunde, abgesehen davon, daß er dem klaren Wortlaute des § 26 StGB. gegenüber nicht durchzuschlagen vermag, auch deshalb kein Gewicht beigemessen werden, weil der gemäß § 23 StGB. vorläufig Entlassene nicht einmal die Stellung einer völlig freien Person hat, vielmehr nach § 24 daselbst seine Freiheit beschränkenden Verpflichtungen unterworfen werden kann, für ihn auch die stets drohende Gefahr des Widerrufs einen erst bei Ablauf der Strafzeit wegfallenden Zwang für gute Führung begründet.

---

1. StGB. § 246. Unterschlagung an Geldern einer offenen Handelsgesellschaft seitens eines Teilhabers der Gesellschaft.

2. StGB. § 267. Da der Tatbestand unbefugtes Handeln voraussetzt, entfällt derselbe, wenn ein vertretungsberechtigter Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft im Bureau derselben von Angestellten namens der Gesellschaft hergestellte, noch in seiner durch kein Recht Dritter beschränkter Verfügungsgewalt befindliche Urkunden, sei es auch im eigennützigen Interesse, ändert oder durch andere, von ihm selbst ausgefertigte, ersetzt.

V. StrS. U. v. 11. Februar 1908 g. D. 5 D 32/08.

Gründe: 1. Wie der Zusammenhang der Gründe ersehen läßt, wurden die Gelder, die der Angeklagte einkassierte, für die offene Handelsgesellschaft, deren Teilhaber er war, eingehoben und damit Gesellschaftsvermögen; ob sie Miteigentum der beiden Gesellschafter wurden, kann dahingestellt bleiben (vergl. Entsch. i. Zivils. 65 227). Daß der Angeklagte nicht berechtigt war, über diese Gelder zu seinem Nutzen zu verfügen, ist den Gründen gleichfalls zu entnehmen und soll offensichtlich auch mit den Worten gesagt sein, daß er über die vereinnahmten Gelder kein Verfügungsrecht hatte. Die Verurteilung auf Grund des § 246 StBG. unterliegt daher in diesen Fällen keinem rechtlichen Bedenken; es genügt im übrigen auf Entsch. 7 18 zu verweisen. Ebensowenig ist dies in Ansehung des Geldbetrags der Fall, den sich der Angeklagte zu einem gesellschaftlichen Zwecke behändigen ließ, aher — wie das Urteil entnehmen läßt — für eigene Zwecke verwendete.

2. Dagegen konnte den von der Revision in Ansehung der Verurteilung wegen Urkundenfälschung erhobenen Bedenken der Erfolg nicht versagt werden.

Nach dem Urteile sind auf Grund der vom Angeklagten geführten Lohnlisten „im Bureau der Gesellschaft" vom Buchhalter Sp. die Lohntüten, d. h. Hüllen, die verschlossen und mit dem Namen des Arbeiters und der Summe des einliegenden Betrags versehen wurden, unter Verantwortung des Sp. für die Richtigkeit des Inhalts der Tüten hergestellt und dem Angeklagten zwecks Aushändigung

an die Arbeiter übergeben worden. Der Erstrichter findet nun darin ein Verbrechen der Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 Nr. 1 StGB., daß der Angeklagte vier solche Tüten neu und zwar je mit einem geringeren Betrage, als auf der ursprünglichen Tüte vermerkt war, ausfertigte und den Arbeitern behändigte, die den ursprünglichen Tüten entnommenen Mehrbeträge aber — wie der Zusammenhang der Gründe ergibt — sich zueignete.

Warum der Erstrichter die also beschaffenen Tüten als Privaturkunden ansah, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind, hat er zwar nicht näher dargetan, seine Ansicht erscheint aber nicht rechtsirrig: die Tüten konnten im Zusammenhange mit andern Umständen dafür Beweis liefern, welche Forderung dem Arbeiter auf Grund der Lohnliste gegen die Gesellschaft — mochte diese auch nicht ausdrücklich auf der Tüte angegeben sein — zustand (vergl. Entsch. **13** 71; **11** 184). Dagegen scheint der Erstrichter nach den bisherigen Feststellungen nicht beachtet zu haben, daß der Begriff der Urkundenfälschung ein unberechtigtes Handeln fordert. „Das Bureau der Gesellschaft", deren Buchhalter handelte bei der Ausstellung der Lohntüten nur als ein Werkzeug der offenen Handelsgesellschaft; zur Führung der Geschäfte war der Angeklagte nach dem Urteile berechtigt (§ 114 HGB.). Demgemäß stand ihm auch, so lange ein Widerspruch des andern, gleichfalls geschäftsführenden Gesellschafters nicht vorlag, und beim Mangel einer anderweiten, von der Gesellschaft getroffenen Bestimmung (§ 115 HGB.) — für die aus dem Urteile nichts zu entnehmen ist —, die Berechtigung zu, die von einem Angestellten der Gesellschaft hergestellten Lohntüten, so lange sie in seiner, durch kein Recht eines Dritten beschränkten Verfügungsgewalt waren, zu ändern oder durch andere zu ersetzen. Die neuen Lohntüten waren in diesem Falle ebenso dem für sie allein maßgebenden Willen des Ausstellers — der offenen Handelsgesellschaft — entflossen und ebenso echt wie die ursprünglich ausgestellten. Dadurch daß die darauf vermerkten Lohnbeträge nicht mit den Einträgen in den Lohnlisten übereinstimmten, wurden sie zu schriftlichen Lügen, nicht aber zu unechten Urkunden (vergl. Rechtspr. **8** 504, 470/474; Entsch. **30** 43, **37** 83, **40** 253).

Demgemäß war zu erkennen, wie geschehen.

StPO. §§ 307, 312. Es ist nicht ausgeschlossen, den berichtigten Spruch der Geschworenen in der Weise niederzuschreiben, daß auf dem Fragebogen in einem besonderen Nachtrage der Reihe nach die Ordnungsnummern aller Fragen und neben jede einzelne Nummer die Antworten niedergeschrieben werden, während der zu berichtigende Spruch unverändert gelassen wird, also erkennbar bleibt. Ein Niederschreiben des berichtigten Spruchs n e b e n den ursprünglichen Fragen, also über oder unter den ersten Antworten wird vom Gesetz nicht verlangt. Voraussetzung ist, daß über die Zusammengehörigkeit jeder einzelnen Antwort und Nummer, wie über die Bedeutung jeder einzelnen Nummer als Ersatz für die entsprechende Frage ein Zweifel ausgeschlossen ist.

I. StrS. U. v. 17. Februar 1908 g. Becker. 1 D 36/08.

StPO. § 98. Die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sind nicht berechtigt, einen anderen Beamten mit der selbständigen Anordnung von Amtshandlungen (Beschlagnahmen usw.) zu beauftragen, für die nur ihnen persönlich die Zuständigkeit und Verantwortung übertragen ist.

II. StrS. U. v. 21. Februar 1908 g. C. 2 D 1105/07.

G r ü n d e : Der Angeklagte, der längst im Verdacht der gewerbsmäßigen Wettvermittlung auf Rennplätzen stand, wurde am 15. Juli 1906 auf der Rennbahn zu Ho. während mehrerer Rennen vom Kriminalschutzmann S. beobachtet. Dieser gewann aus dem ganzen Gebahren des Angeklagten, insbesondere aus seinen Verhandlungen mit anderen Personen und den Notizen, die er auf dem Rennprogramm machte, den Eindruck, daß der Angeklagte Buchmacherei betrieb, und schritt zu seiner Festnahme. Er führte ihn in den Polizeiraum, wo ihm sein Notizbuch, verschiedene Zettel und 74 Mk. baren Geldes, darunter drei Zwanzigmarkstücke, abgenommen wurden. Das Geld wurde auf einem Tisch aufgezählt, und der Schutzmann erklärte dasselbe für beschlagnahmt. Der Angeklagte protestierte dagegen, nahm in dem Augenblick, als es seiner Ehefrau gelang, in den Polizeiraum einzudringen, schnell vom Tische die drei dort liegenden Goldstücke fort, steckte sie seiner Ehefrau zu und diese entfernte sich damit. Er ist

Digitized by Google

wegen Arrestbruchs verurteilt, weil für erwiesen angesehen ist, daß eine „Beschlagnahme" der fraglichen Goldstücke „durch einen zuständigen Beamten, nämlich den zur Vornahme von Amtshandlungen von dem Gemeindevorsteher für Ho. ermächtigten Kriminalschutzmann S. erfolgt war und der Angeklagte wußte, daß er nicht berechtigt war, sich des ihm weggenommenen und in den Herrschaftsbereich des beschlagnahmenden Beamten übergegangenen Geldes wieder zu bemächtigen".

Die Feststellung, daß eine Beschlagnahme durch den zuständigen Beamten stattgefunden hat, muß beanstandet werden. Die Gelder, die der Angeklagte bei sich führte, konnten allerdings als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung werden und möglicherweise der Einziehung unterliegen: sie durften daher gemäß § 94 StPO. in Verwahrung genommen und, falls sie nicht freiwillig herausgegeben wurden, in Beschlag genommen werden. Die Anordnung einer Beschlagnahme stand aber, soweit die Polizeibehörden in Frage kamen, auch bei Gefahr im Verzuge nach § 98 StPO. nur denjenigen Polizei- und Sicherheitsbeamten zu, die zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt waren. S. als Kriminalschutzmann gehörte zu diesen Beamten nicht. Daß der Gemeindevorsteher für Ho. ihn zur Vornahme von Amtshandlungen ermächtigt hatte, änderte an der Sachlage nichts. Es beschränkt sich die Organisation der gerichtlichen Polizei auf die unmittelbare Unterordnung bestimmter Kategorien von einzelnen Hilfsbeamten unter die Staatsanwaltschaft, und hieraus folgt, daß der zuständige Hilfsbeamte nicht befugt ist, einen anderen Beamten mit der selbständigen Anordnung solcher Maßregeln zu betrauen, für die nur ihm persönlich die Zuständigkeit und Verantwortung übertragen ist. Hätte also auch die Ermächtigung des Gemeindevorstehers sich auf die Vornahme von Beschlagnahmen bezogen, so würde sie wirkungslos gewesen sein. Es liegt demnach eine rechtswirksame Beschlagnahme der Gelder aus dem Gesichtspunkte, daß diese zu Beweismitteln werden oder der Einziehung unterliegen konnten, nicht vor. Daß aus einem anderen Gesichtspunkt die Beschlagnahme berechtigt gewesen, ist ebensowenig erkennbar: die Entscheidung war daher nicht aufrechtzuerhalten.

StPO. § 259. Die Zurücknahme des Strafantrags vor der Hauptverhandlung hindert nicht die Verhandlung und Verurteilung aus einem andern rechtlichen Gesichtspunkte.

I. StrS. U. v. 27. Februar 1908 g. K. 1 D 77/08.

Aus den Gründen: Gegen den Angeklagten ist das Hauptverfahren u. a. wegen Beleidigung des Johann Gl. eröffnet worden. Gl. hatte dieserhalb Strafantrag gestellt, hat ihn aber einige Tage vor der Hauptverhandlung schriftlich zurückgenommen. Die Staatsanwaltschaft gab dem Gericht anheim, den hierdurch erforderlich gewordenen Beschluß gleichzeitig mit dem Urteil zu erlassen. In der Hauptverhandlung protestierte der Verteidiger des Angeklagten gegen das Eintreten in die Verhandlung bezüglich dieses Teils der Anklage, das Gericht beschloß aber, in die Verhandlung im ganzen Umfang des Eröffnungsbeschlusses einzutreten, da erstens zur Entscheidung über die Frage der Einstellung des Verfahrens wegen Beleidigung eine Erörterung des Sachverhalts erforderlich, zweitens aber durch den Eröffnungsbeschluß der ganze Tatbestand zu diesem Punkte zur Verhandlung und Entscheidung gestellt sei, und das Gericht zu prüfen habe, ob die Tat etwa unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte, nämlich dem der Urkundenfälschung im Sinne des § 267 StGB. strafbar sei. Der auf diese Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesene Angeklagte lehnte es ab, sich zu diesem Teil des Eröffnungsbeschlusses zu äußern, er ist aber wegen Urkundenfälschung verurteilt worden.

Die Revision sieht hierin eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung, in erster Linie deshalb, weil der Hauptverhandlung durch die Zurücknahme des Strafantrags jeder Boden genommen worden sei, das Verfahren deshalb ohne weiteres hätte eingestellt werden müssen. Der angeführte Grund kann der Revision nicht zum Erfolg verhelfen.

Aus § 263 StPO. folgt, daß in der Hauptverhandlung zu prüfen ist, ob die Tat des Angeklagten aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte zu beurteilen ist, als aus dem von dem Eröffnungsbeschluß angenommenen, und ebenso, ob aus noch einem weiteren, neben dem des Eröfinungsbeschlusses. Dies ist die Voraussetzung dafür, daß der Angeklagte, wenn er auch nur aus einem Strafgesetz auf Grund einer Hauptverhandlung verurteilt worden ist, nicht nachträg-

lich noch wegen derselben Tat aus einem anderen bestraft werden kann. Vgl. Entsch. **7** 437 (440 u. 441). Es ist ferner bereits wiederholt vom Reichsgericht ausgesprochen, daß bei rechtlichem Zusammentreffen einer von Amts wegen zu ahndenden mit einer nur auf Antrag zu verfolgenden Straftat beim Mangel eines Strafantrags eine Bestrafung wegen des ersteren eintreten muß. Entsch. **3** 385; **18** 273 (286); **32** 280; **33** 339 (341); Rechtspr. **4** 210. Dabei ist es gleichgültig, ob ein Strafantrag überhaupt nicht gestellt oder ob der gestellte rechtzeitig zurückgenommen worden ist. Hiernach ist es völlig unbedenklich, daß das Gericht, falls der Strafantrag wegen der Beleidigung erst in der Hauptverhandlung zurückgenommen wäre, die Tat aus dem Gesichtspunkt der Urkundenfälschung zu beurteilen hatte, mochte es nun Beleidigung im rechtlichen Zusammentreffen mit Urkundenfälschung oder nur die letztere als vorliegend erachten. Rechtspr. **10** 32.

Es fragt sich daher nur, ob das Gericht überhaupt zur Hauptverhandlung schreiten durfte. Dies ist zu bejahen. Zunächst findet sich keine Vorschrift in der Strafprozeßordnung, wonach das Gericht verpflichtet wäre, bei Zurücknahme des Strafantrags nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor der Hauptverhandlung alsbald die Einstellung des Verfahrens auszusprechen. Es bedarf im vorliegenden Falle keiner Erörterung, ob diese Maßnahme zulässig wäre, wenigstens wenn die Staatsanwaltschaft es beantragt hätte, was hier nicht der Fall ist: keinenfalls ist es verboten, in die Hauptverhandlung einzutreten. Daß dies vom Gesetz jedenfalls als der Regelfall betrachtet wird, folgt aus § 259 StPO., wonach das die Hauptverhandlung schließende Urteil auf Einstellung des Verfahrens zu lauten hat, wenn der Strafantrag rechtzeitig zurückgenommen worden ist. Aus dieser Vorschrift („die Einstellung ist auszusprechen") ist auch nicht etwa zu folgern, daß damit der Grundsatz des § 263 StPO. hätte durchbrochen werden sollen. Sie kann nur auf solche Handlungen bezogen werden, die lediglich als Antragsverbrechen bestraft werden können. Die prozessuale Beschwerde ist somit unbegründet. Vgl. auch Entsch. **8** 79 (81 u. 82), **32** 280.

StGB. §§ 284, 49. Beihülfe zum gewerbsmäßigen Glückspiel durch Gewährung von Darlehen an den Mitspieler desjenigen, der aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht.

I. StrS. U. v. 5. März 1908 g. H. 1 D 139/08.

Gründe: Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Glücksspiel wird durch die Feststellungen des Urteils gerechtfertigt. Die Revision meint, die Gewährung eines Vorschusses an den Mitspieler desjenigen, der aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht, könne niemals als eine Beihilfe zu der Straftat des letzteren angesehen werden. In dieser Allgemeinheit ist der Satz nicht richtig. Rechtsgrundsätzlich steht nichts entgegen, auch solche Handlungen als Beihilfe aufzufassen, die nicht unmittelbare Leistungen an den Haupttäter sind. Das Gericht hat in objektiver Hinsicht festgestellt, daß die Tat des Beschwerdeführers den Mitangeklagten das Weiterspielen, also die Fortsetzung der (wegen ihrer Gewerbsmäßigkeit) strafbaren Handlung ermöglicht hat. In subjektiver Richtung kommt es darauf an, daß der Handelnde Kenntnis von dem beabsichtigten oder in der Ausführung begriffenen Verbrechen oder Vergehen des Haupttäters hat und, im Bewußtsein, damit die Vollbringung dieser Straftat zu fördern, die Handlung begeht, somit den hierauf gerichteten Willen hat. Entsch. **32** 354; **37** 321.

Hier ist zunächst von der Strafkammer festgestellt, daß H. wußte, die Mitangeklagten machten durch ihr Spiel mit Hf. aus dem Glücksspiel ein Gewerbe. Wenn nun der Beschwerdeführer, was die Strafkammer für erwiesen erachtet, dem Hf., nachdem dieser seine Barschaft an die Mitangeklagten verloren hatte, nach und nach mehrere tausend Mark vorstreckte, so kommt es lediglich auf seine Willensrichtung dabei an. Nun lassen die Urteilsgründe zwar einen ausdrücklichen Ausspruch dahin vermissen, daß der Angeklagte durch seine Vorschüsse an Hf. das gewerbsmäßige Glücksspiel der Mitangeklagten habe fördern wollen. Sie sagen nur, daß Hf. ohne die Vorschüsse nicht habe weiterspielen können und deshalb auch die Mitangeklagten das Spiel mit ihm nicht hätten fortsetzen können. H. habe also durch seine Darlehne an Hf. zugleich den Mitangeklagten das weitere Glücksspiel ermöglicht. Aber nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß der erste Richter diesen Erfolg als im Willen des H. liegend angesehen hat. H. war wegen

Digitized by Google

Mittäterschaft angeklagt, und nur, weil er sein Vermögen nicht den Chancen des Spiels unterworfen hat, ist eine solche nicht angenommen. Es wird aber hervorgehoben, daß er mit den andern Angeklagten genau bekannt war und regen Verkehr mit ihnen hatte, daß er sie als gewerbsmäßige Spieler kannte, daß er fast täglicher Besucher der verschiedenen Cafés und dort stets in Spielergesellschaft zu sehen war; es wird ferner als mit Sicherheit anzunehmen bezeichnet, daß auch er bei dem Glücksspiel mit Hf. irgendwie einen Gewinn aus demselben bezogen hat, und die obige Feststellung, daß er den Mitangeklagten das weitere Glücksspiel ermöglicht habe, wird zur Widerlegung des Einwands benutzt, daß H. den Mitangeklagten Geld gar nicht geliehen habe.

Ist hiernach für festgestellt anzusehen, daß der Angeklagte den Mitangeklagten das Weiterspielen mit Hf. durch seine Tätigkeit ermöglichen wollte, so konnte ohne Rechtsirrtum Beihilfe zu deren Vergehen angenommen werden.

Die Ansicht des ersten Richters, daß auf seiten des Gehilfen beim gewerbsmäßigen Glücksspiel Gewerbsmäßigkeit nicht erforderlich ist, entspricht der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Vergl. Entsch. **36** 148 (154).

Auch sonst läßt das Urteil keinen Rechtsirrtum erkennen.

StGB. § 243 Nr. 2. Erbrechen eines Briefes, in dem sich Geld und Briefmarken befanden — als Diebstahl mittels Erbrechens eines Behältnisses.

IV. StrS. U. v. 17. März 1908 g. G. 4 D 136/08.

Aus den Gründen: Nach der Feststellung des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte in den gegenwärtig allein in Betracht kommenden vier Fällen Geldbriefe ihre Inhalts in diebischer Absicht in der Weise beraubt, daß er die zugeklebten Briefumschläge mittels eines spitzen Federhalters vorsichtig löste und den Inhalt an Barbeträgen und Briefmarken herausnahm; hierin konnte ohne Rechtsirrtum ein Erbrechen von Behältnissen im Sinne des § 243 Nr. 2 StGB. gefunden werden.

Ein Behältnis ist ein zur Aufbewahrung von Sachen geeigneter und bestimmter verschließbarer Raum, einen solchen können auch Briefumschläge ihrer Beschaffenheit und ihrer üblichen Bestimmung nach darstellen, und sie stellen einen solchen dar, wenn sie im einzelnen Falle zur, wenn auch nur vorübergehenden, Aufbewahrung geeigneter Gegenstände verwendet werden; diese Voraussetzungen sind in den vorliegenden Fällen gegeben gewesen. Ferner hat die Vorinstanz festgestellt, daß das vorsichtige Lösen der zugeklebten Briefumschläge eine gewisse Gewaltanwendung erfordert hat, danach konnte auch ohne Rechtsirrtum das Tatbestandsmerkmal des Erbrechens derselben festgestellt werden. Der Begriff des Erbrechens erfordert nicht ein für alle Fälle gleiches Maß von Kraftanwendung, sondern nur die Aufbietung eines solchen körperlichen Kraftaufwands, durch den im einzelnen Falle je nach der besonderen Art des Verschlusses die Widerstandskraft des Hindernisses überwunden werden kann (Entsch. **13** 200, 206). Daß im gegebenen Falle das Maß der anzuwendenden Gewalt verhältnismäßig gering war, lag in der Natur der Sache, immerhin bedurfte es zur Eröffnung der zugeklebten Briefumschläge in der vom Angeklagten gewählten Form der Anwendung einer gewissen Gewalt, durch die das Verschlußmittel, nämlich der durch das Zukleben in Zusammenhang gebrachte Klebstoff aus diesem Zusammenhange gelöst und so der hergestellte Verschluß gewaltsam aufgehoben wurde, und die hierzu erforderliche Gewalt ist, wie das Urteil feststellt, vom Angeklagten angewendet worden.

Auch sonst läßt die Entscheidung einen Rechtsirrtum in der Anwendung des Strafgesetzes nicht erkennen.

Digitized by Google

B. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Kammergerichts.

Mitgeteilt von Kammergerichtsrat Stubenrauch, Berlin.

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878/20. Mai 1898 § 14 (RGBl. 1898 S. 369). Gesetz vom 3. März 1897, betr. das Diensteinkommen der Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Volksschulen § 22 (GesS. S. 25). Gesetz vom 21. Juni 1897 betreffend die Tagegelder und Reisekosten der Staatsbeamten (GesS. S. 193). Steht den Volksschullehrern, die als Zeugen vernommen werden, ein Anspruch auf Tagegelder und Erstattung von Reisekosten im Sinne des § 14 der Gebührenordnung zu?

II. StrS. B. v. 4. Oktober 1907 g. B. 2 W. 438/07.

Gründe: Nach § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878/20. Mai 1898 erhalten öffentliche Beamte Tagegelder und Reisekosten nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften. Der Beschwerdeführer ist als Volksschullehrer öffentlicher Beamter im Sinne dieser Vorschrift, auch ist er als Zeuge über Umstände vernommen worden, von denen er in Ausübung seines Amtes Kenntnis erhalten hat. Sein Anspruch auf Bewilligung von Tagegeldern usw. nach den Sätzen für Beamte hängt davon ab, ob Volksschullehrern ein Anspruch auf Vergütung für Dienstreisen nach einer gesetzlichen oder gültigen verwaltungsrechtlichen Vorschrift zusteht (Entsch. des Reichsgerichts in Zivils. Bd. 41 S. 363). Das ist zu verneinen. Nach § 22 des Gesetzes vom 3. März 1897 (Ges. S. S. 25) erhalten Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Volksschulen bei Versetzungen im Interesse des Dienstes aus der Staatskasse eine Vergütung für Umzugskosten, deren Höhe von dem Unterrichtsminister in Gemeinschaft mit dem Finanzminister zu bestimmen ist. Durch diese Vorschrift wird den Volksschullehrern also ein Anspruch auf Vergütung nur in einem beschränkten Umfang beigelegt, nicht für Dienstreisen überhaupt. Auch in dem Gesetz betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen vom 28. Juli 1906 (Ges.-S. S. 335) wird in § 62 Abs. 2 eine Vergütung für Umzugskosten nur den Lehrkräften gewährt, die ohne Mitwirkung des Berechtigten angestellt werden. Daß hierbei an Versetzungen im Interesse des Dienstes gedacht ist, ergibt § 62 Abs. 1 mit voller Deutlichkeit. Die sachliche Übereinstimmung der älteren mit der am 1. April 1908 in Kraft tretenden neueren Vorschrift muß es schon von vornherein als zweifelhaft erscheinen lassen, daß zwischenzeitlich ein weitergehender Anspruch der Volksschullehrer durch Gesetz oder durch eine rechtswirksame Verwaltungsnorm geschaffen worden wäre.

Tatsächlich besteht auch eine derartige Vorschrift nicht. Ein allgemeiner Anspruch der Volksschullehrer auf Vergütung für Dienstreisen ist wiederholt aus dem Ministerialerlaß vom 26. Februar 1903 (Min.-Bl. f. d. ges. inn. Verw. S. 33) hergeleitet worden. Dieser Erlaß bestimmt, daß einzelne nicht zu den unmittelbaren Staatsbeamten gehörige Personenklassen, denen verwaltungsseitig Reisekosten aus der Staatskasse zugebilligt scien, diese fortab nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Juni 1897 (Ges.-S. S. 193) erhalten sollten, und er führt unter diesen Personenklassen auch die Lehrer an öffentlichen Volksschulen auf. Nach Zweck und Wortlaut dieses Erlasses sollten ältere Bestimmungen über Reisekosten dem Gesetz vom 21. Juni 1897 angepaßt, aber nicht neue Ansprüche begründet werden. Die älteren auf Volksschullehrer bezüglichen Bestimmungen bezogen sich aber immer nur auf deren Umzugskosten bei Versetzungen im Interesse des Dienstes, so auch der gemeinschaftliche Erlaß des Unterrichts- und des Finanzministers vom 22. September 1897 (Zentralblatt f. d. ges. Unterrichts-Verwaltung S. 771); nur in diesem beschränkten Umfang konnte eine Neuregelung der Bezüge unter Anpassung an das Gesetz vom 21. Juni 1897 erfolgen. Diese Bedeutung der Verfügung vom 26. Februar 1903 wird auch in dem Erlaß des Justizministers vom 15. August 1907 (J.-M.-Bl. S. 499) als richtig anerkannt. Wollte man auch in der Verfügung vom 26. Februar 1903 eine Grundlage für neue bis dahin nicht gewährte Ansprüche der Volksschullehrer erblicken, so müßte dieser die Rechtswirksamkeit abgesprochen werden. Zu einer dauernden

Digitized by Google

Belastung der Staatskasse mit neuen Ausgaben sind nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts die Minister ohne gesetzliche Ermächtigung nicht befugt. (Verordnung vom 27. Oktober 1810 Ges.-S. S. 3 Abschnitt: Die Staatsminister 3d, vergl. auch Art. IV des Gesetzes vom 21. Juni 1897.)

Hiernach war die Beschwerde zurückzuweisen. Die Entscheidung erfolgte in Übereinstimmung mit dem Beschluß des 1. Strafsenats vom 19. September 1907, worin die entgegenstehende Ansicht des Beschlusses vom 10. Febr. 1905 (Deutsche Juristen-Zeitung S. 461) aufgegeben wird.

StPO. §§ 384, 389. Ist die Revision in zulässiger Weise begründet, wenn zwar die Verletzung materieller Rechtsnormen behauptet ist, der weitere Inhalt der Begründung aber ergiebt, daß nicht unrichtige Anwendung des Gesetzes gerügt, sondern lediglich die Beweiswürdigung bekämpft werden soll?

II. Str.-S. U. v. 26. November 1907 g. B. 2 S. 601/07.

Gründe: Der wegen Diebstahls verurteilte Angeklagte hat die Verletzung materieller Rechtsnormen behauptet, worunter nach Lage der Sache nur eine Verletzung des § 242 StGB. verstanden werden kann. Die Revision ist hiernach zwar mit einem dem Gesetz (§ 384 StPO.) entsprechenden Wortlaut begründet und an sich zulässig. Der weitere Inhalt der Begründung ergibt aber, daß der Angeklagte nicht die unrichtige Anwendung des Gesetzes, sondern lediglich die Beweiswürdigung bemängeln will. Denn er führt unter Angabe von Beweismitteln an, daß nicht er, sondern ein anderer die Tat begangen habe, wegen der er verurteilt worden sei. Die Prüfung des Sachverhalts wird also nach einer Richtung verlangt, für die es dem Revisionsgericht an jeder gesetzlichen Handhabe fehlt, nämlich dahin, durch weitere Beweiserhebungen eine andere Beantwortung der Schuldfrage herbeizuführen. Ihrem ausgesprochenen Zwecke nach ist die Revision unzulässig, weshalb wie geschehen nach §§ 389, 505 StPO. zu erkennen war (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 40 S. 99).

(Die Revision ist als unzulässig verworfen worden.)

Gesetz vom 24. Mai 1901, betr. den Verkehr mit Wein, weinhaltigen und weinähnlichen Getränken, §§ 4, 2, 13. Ist zur Erfüllung des Tatbestandes der §§ 4, 13 dieses Gesetzes eine Täuschungsabsicht erforderlich?

II. Str.-S. U. v. 3. Januar 1908 g. F. 2 S. 703/07.

Aus den Gründen: Der Revision des Angeklagten, welche behauptet, daß die Voraussetzungen des § 4 des Weingesetzes nicht vorliegen, und nicht richtige Anwendung dieser Gesetzesbestimmung seitens der Strafkammer rügt, war der Erfolg zu versagen.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Angeklagte an den Gastwirt P. aus S., der in dem Geschäft des ersteren zu einer Festlichkeit 20 Flaschen Süßwein verlangt hatte, diese Anzahl Flaschen Wein unter der Bezeichnung als Süßwein verkauft. Der Angeklagte stellte das Getränk in der Weise her, daß er zu einem Weißwein, den er als Pfälzer Wein aus G. bezogen hatte, in Würfel geschlagenen Rübenzucker zusetzte und zwar zwei Pfund zu 19 Flaschen Wein, was dann 20 Flaschen gegeben hat. Die Flaschen versah der Angeklagte darauf mit von ihm handschriftlich gefertigten Etiketts mit der Aufschrift „Süßwein“ und sandte alsdann dem P. den Wein.

Der Berufungsrichter ist der Ansicht, daß der vom Angeklagten dem P. als „Süßwein“ verkaufte Wein nicht als Süßwein angesprochen werden kann, da unter „Süßwein“ allgemein ein stark alkoholhaltiger, ausgegorener Wein verstanden wird, der seinen süßen Geschmack der Traube entnommen hat — wie z. B. Port- und Ungarwein — und seinen Süßgeschmack nicht von einem nach der Gärung zugefügten Zuckerzusatz entnimmt, und der den süßen Geschmack dauernd behält, während der vom Angeklagten als Süßwein verkaufte Wein — wie weiter für erwiesen erachtet — ein Kunstprodukt ist, das nach längerem Stehen wieder in Gärung gerät und mit der Zeit vollständig den süßen Geschmack verliert.

Wenn das Berufungsgericht daraufhin angenommen hat, daß die Bezeichnung des von dem Angeklagten hergestellten Getränkes als „Süßwein“ objektiv geeignet ist, die Annahme hervorzurufen, daß dem Wein Zucker nicht zugesetzt ist, so ist hierin ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken.

Digitized by Google

Die Strafkammer hat aber weiter auch als erwiesen angesehen, daß der Angeklagte, wenn er den von ihm zubereiteten Wein ohne weiteren Zusatz als „Süßwein“ verkaufte, sich sagen mußte und sich dessen auch bewußt war, daß das von ihm verkaufte Getränk sehr wohl von dem Käufer als wirklicher Süßwein angesehen werden konnte. . . . .

Das Berufungsgericht konnte aber auf Grund der vorgedachten Feststellungen im Ergebnis als feststehend ansehen, daß der Angeklagte Pfälzer Wein nach Zusatz von Zucker unter einer Bezeichnung verkauft hat, welche die Annahme hervorzurufen geeignet ist, daß ein derartiger Zusatz nicht gemacht ist.

Auf diese Feststellungen sind dann die §§ 4, 2 Nr. 4 und 13 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 24. Mai 1901, betr. den Verkehr mit Wein, weinhaltigen und weinähnlichen Getränken ohne erkennbaren Rechtsirrtum angewendet.

Eine Täuschungsabsicht auf Seiten des Angeklagten hat nach Ansicht der Strafkammer allerdings nicht vorgelegen; doch ist eine solche Absicht zur Erfüllung des Tatbestandes der §§ 4, 13 des Gesetzes vom 24. Mai 1901 auch nicht erforderlich, vielmehr genügt es, daß die Tat vorsätzlich begangen worden, und dies ist nach Inhalt des angefochtenen Urteils als festgestellt angesehen.

Die von der Revision vertretene gegenteilige Auffassung findet weder im Wortlaut des Gesetzes, noch in den Materialien dazu eine Stütze. Der § 13 des Gesetzes vom 24. Mai 1901 ist im Reichstage nach den Vorschlägen der XIII. Kommission, an welche der Gesetzentwurf zur Vorberatung überwiesen worden war, zur Annahme gelangt. Aus dem Kommissionsbericht vom 3. Mai 1901 aber ist kein Anhalt dafür zu entnehmen, daß man für Anwendung des § 13 des Gesetzes eine Täuschungsabsicht des Täters vorausgesetzt wissen wollte, vielmehr ist aus den Bemerkungen zu Artikel 5 der Regierungsvorlage, dem § 13 des Gesetzes entspricht, auf das Gegenteil zu schließen.

(Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 10. Legislaturperiode. II. Session 1900/1902. Dritter Anlageband Nr. 303 der amtlichen Drucksachen des Reichstages Seite 2117 ff., insbesondere Seite 2141, 2158, 2159.)

Die Revision war daher als unbegründet zurückzuweisen.

StGB. § 361 Nr. 10. Welche Behörde ist zum Erlaß der in § 361 Nr. 10 StGB. vorgesehenen Aufforderung zuständig?

II. Str.S. U. v. 14. Januar 1908 g. M. 2 S 738/07.

Gründe: Die Revision der Königlichen Staatsanwaltschaft rügt unrichtige Anwendung des § 361 Nr. 10 StGB. Die Freisprechung des Angeklagten sei erfolgt, weil die Vorinstanz zu Unrecht angenommen habe, daß nur die Ortspolizeibehörde zuständig gewesen wäre, den Angeklagten zur Erfüllung der ihm obliegenden Unterhaltspflicht gegen Frau und Kinder aufzufordern, und daß die entsprechende von der Armendirektion des Magistrats Charlottenburg ausgegangene Aufforderung ohne rechtliche Wirkung sei.

Die Frage, welche Behörde zu der in § 361 Nr. 10 StGB. vorgesehenen Aufforderung zuständig sei, ist nach dem maßgebenden Landesrecht zu entscheiden. Nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtsprechung sind als zuständig erachtet worden die Armenanstalt (Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg, Goltd. Arch. Bd. 45 S. 294), das Kreisamt (Urteil des Oberlandesgerichts Darmstadt, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 372), der Stadtrat (Urteil des Oberlandesgerichts Dresden, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 156), insbesondere für Preußen der Armenpflegeverband (Urteil des Oberlandesgerichts Stettin, Goltd. Arch. Bd. 44 S. 278), die Polizeidirektion (Urteil des Oberlandesgerichts Marienwerder, Goltd. Arch. Bd. 47 S. 469), die Gemeindebehörde (Urteil des Oberlandesgerichts Celle, Goltd. Arch. Bd. 49 S. 338 und Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M., Goltd. Arch. Bd. 44 S. 279). Auch die Strafsenate des Kammergerichts haben die Ortspolizeibehörden (Urteile vom 4. Juli 1903 — S. 404 03 — und 13. Oktober 1905 — S. 384 05 —) und die Armendirektionen (Urteil vom 18. November 1897 — S. 773 97 —) für zuständig erachtet, ohne freilich eine grundsätzliche Stellung zu der hier zuentscheidenden Frage eingenommen zu haben.

Bei der Prüfung der Frage muß von dem gesetzgeberischen Zweck der Strafvorschrift des § 361 Nr. 10 ausgegangen werden. Diese ist durch das Gesetz vom 12. März 1894 (RGBl. S. 259) in das Strafgesetzbuch als Ergänzung zu der Vorschrift des § 361 Nr. 5 aufgenommen worden, dessen Bestimmungen nicht mehr ausreichend erschienen, um die mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffent-

Digitized by Google

lichen Armenpflede zu verhüten. Der Zweck der beiden eng zusammenhängenden Strafvorschriften ist der, durch strafrechtliche Einwirkung die Verminderung der öffentlichen Armenlasten herbeizuführen.

Aus dem Zweck des Gesetzes folgt, daß zum Erlaß der Aufforderung an den Unterhaltspflichtigen, seiner Pflicht nachzukommen, alle die Behörden zuständig sind, denen die Verwaltung des Armenwesens obliegt. Das sind in Preußen die Polizeibehörden, denen aber, wie im Gegensatz zum Berufungsgericht anzunehmen ist, eine ausschließliche Zuständigkeit nach dieser Richtung nicht beigelegt ist.

Das Armenwesen gehört in Preußen zum Geschäftsbereich des Ministers des Innern (Verordnung vom 27. Oktober 1810, GesS. S. 3 A. 3), unter dessen Aufsicht die Verwaltung den Regierungen, jetzt den Regierungspräsidenten, nach § 13 der Verordnung vom 30. April 1815 (GesS. S. 85) Abschnitt I § 2 Nr. 2, der Instruktion vom 23. Oktober 1817 (GesS. S. 248), der Kabinetsorder vom 31. Dezember 1825 D II 1 (GesS. 1826 S. 5), § 18 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 (GesS. S. 195) obliegt.

Da das Armenwesen einen Teil der allgemeinen Staatsverwaltung bildet, so folgt schon aus der Stellung der Polizei innerhalb der allgemeinen Staatsverwaltung, als dem ausführenden Organ, daß die Ortspolizeibehörde zum Eingreifen befugt ist, wenn es sich darum handelt, einen Säumigen auf die Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Pflichten hinzuweisen. Es liegt begrifflich im Wesen der Polizei, daß sie überall da eingreifen darf, wo es sich darum handelt, eine dem Gemeinwesen drohende Gefahr abzuwenden (§ 10 II 17 ALR.). Als solche Gefahr ist es aber unbedenklich anzusehen, wenn Familienväter sich der ihnen gesetzlich obliegenden Pflicht, für den Unterhalt ihrer Familie zu sorgen, entziehen und die Fürsorge für ihre Familie auf andere Schultern abzuwälzen suchen. Zudem ist in § 15 II 19 ALR. den Ortspolizeibehörden noch besonders die Pflicht auferlegt worden, sich aller Armen und Unvermögenden anzunehmen, denen ihr Unterhalt auf andere Art nicht verschafft werden kann.

Aus dieser allgemeinen Fürsorgepflicht ergibt sich die Berechtigung der Ortspolizeibehörde, die in § 361 Nr. 10 StGB. vorausgesetzte Aufforderung zu erlassen.

Dieselbe Berechtigung muß aber auch den Armenverwaltungen der Stadtgemeinden zugestanden werden.

Nach § 2 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom $\frac{\text{6. Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ sind Träger der Armenlasten die Ortsarmenverbände, die nach § 3 ebenda aus einer oder mehreren Gemeinden bestehen können. Die näheren Bestimmungen über die Zusammensetzung und Einrichtung dieser Ortsarmenverbände sind in dem Preußischen Gesetz betreffend die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871 (GesS. S. 130) enthalten. Dieses bestimmt in § 2, daß — abgesehen von Ausnahmefällen — jede Gemeinde für sich einen Ortsarmenverband bildet und daß die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege in den Gemeindebezirken überall den für die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten angeordneten Gemeindebehörden zusteht.

Nach § 3 des Ausführungsgesetzes sind ferner die Gemeindebehörden befugt, auf Grund eines Gemeindebeschlusses für die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege besondere dem Gemeindevorstand untergeordnete Deputationen zu bilden. (Vergl. § 59 der Städteordnung vom 30. Mai 1853). Eine solche Verwaltungsdeputation ist die Armendirektion der Stadt Charlottenburg, die rechtlich als die Vertreterin des unterstützungspflichtigen Ortsarmenverbandes erscheint.

Als solche war sie berechtigt, den Angeklagten zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aufzufordern. Dies ergibt sich aus folgendem: der Armenverband hat das Recht, den Ersatz der von ihm gewährten Unterstützung von dem Unterhaltspflichtigen zu verlangen, der zur Gewährung dieser Unterstützung nach dem geltenden Privatrecht verpflichtet war. § 62 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz. Das preußische Ausführungsgesetz gibt darüber hinaus den Armenverbänden das weitere Recht, durch Verwaltungszwangsmaßregeln die Erfüllung der Unterhaltspflicht herbeizuführen. Nach § 65 des Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871 können auf den Antrag des Armenverbandes durch Beschluß der Verwaltungsbehörde (jetzt des Kreisausschusses § 43 des Zuständigkeits-Gesetzes) der Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter, sowie die ehelichen Kinder und die unehelichen Kinder in Beziehung auf

Digitized by Google

die Mutter angehalten werden, dem Hülfsbedürftigen nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Verpflichtung die erforderliche laufende Unterstützung zu gewähren.

Wenn das Gesetz den Ortsarmenverbänden den Anspruch auf Erstattung des Geleisteten gibt und außerdem die Mittel gewährt, um die laufende Unterstützung im Verwaltungswege zu erzwingen, so ist nicht abzusehen, weshalb die zur Vertretung des Armenverbandes berufene Behörde nicht auch das mindere Recht haben sollte, den Unterstützungspflichtigen zur Erfüllung seiner Pflicht aufzufordern und mit dieser Aufforderung die zum Einschreiten der Strafgewalt gebotene rechtliche Voraussetzung zu schaffen. Die Versagung dieses Rechts wäre auch praktisch ohne jede Bedeutung. Denn wenn eine Armenverwaltung die vorgeschriebene Aufforderung für geboten hält, so wäre sie auch bei mangelnder eigener Befugnis in der Lage, die Aufforderung durch Vermittelung der Polizeibehörde ergehen zu lassen. Da die Verwaltungs- und Polizeibehörden verpflichtet sind, den Armenverbänden behufs der Ermittelung der Heimats-, Familien- und Aufenthaltsverhältnisse eines Hülfsbedürftigen behülflich zu sein (§ 63 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz), so könnte ein Ersuchen des Armenverbandes um Erlaß einer Aufforderung an den Unterstützungspflichtigen von der Polizeibehörde nicht abgelehnt werden.

Da nach dem ausgeführten eine nebeneinander bestehende Berechtigung der Polizeibehörden und Gemeindebehörden anzuerkennen ist, so ist es für den einzelnen Straffall gleichgültig, welche Behörde die Aufforderung erlassen hat. Die Einzelfälle können sich verschieden gestalten, der eine wird vielleicht zuerst ein Einschreiten im staatspolizeilichen Interesse, der andere im wirtschaftlichen Interesse veranlassen. Je nachdem die eine oder die andere Seite des Falls zuerst in die Erscheinung tritt, wird die Polizeibehörde oder die Armenbehörde eingreifen können.

Hiernach rechtfertigt sich die Aufhebung des angefochtenen Urteils. In der künftigen Verhandlung wird nunmehr der Tatbestand der zur Anklage gestellten Übertretung näher zu erörtern sein.

StGB. § 361 Nr. 10. Auf welchen Kreis von Personen bezieht sich diese Strafvorschrift. Ist sie auch auf denjenigen anwendbar, der seiner Unterhaltspflicht gegen sein uneheliches Kind nicht nachkommt?

II. StrS. U. v. 17. Januar 1908 g. L. 2 S 479/07.

Gründe: Nach den Feststellungen des Berufungsrichters ist der Angeklagte von der Polizeibehörde in R. wiederholt aufgefordert worden, seiner Unterhaltspflicht gegen sein uneheliches Kind nachzukommen. Da diese Aufforderung erfolglos blieb, suchte der Vormund des Kindes bei der Armenverwaltung der Gemeinde S. eine Unterstützung für das Kind nach und erhielt sie bewilligt.

Der Berufungsrichter hat den Angeklagten von der aus § 361 Nr. 10 StGB. erhobenen Anklage freigesprochen, weil der Vormund keine Behörde sei, mithin nicht feststehe, daß durch Vermittelung einer Behörde fremde Hülfe für das Kind in Anspruch genommen worden sei, und weil die Strafvorschrift des § 361 Nr. 10 StGB. gegen uneheliche Väter überhaupt nicht anwendbar sei.

Die Revision der Königlichen Staatsanwaltschaft hält den § 361 Nr. 10 StGB. durch beide Erwägungen für verletzt. Sie führt aus, daß doch jedenfalls die Gemeinde S. auf Ansuchen des Vormundes vermittelnd eingegriffen habe und daß es gleichgültig sei, ob die vermittelnde Behörde selbst oder jemand anders die erforderliche Hülfe geleistet habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Entscheidungsgrund des Berufungsrichters zutreffend sein möchte, da durch seinen zweiten Grund die Freisprechung gerechtfertigt wird. Der Berufungsrichter hat sich hierbei im wesentlichen dem Urteil des erkennenden Senats vom 29. November 1904 (Goltd. Arch. Bd. 52 S. 96) angeschlossen, in dem die Frage, ob die Strafvorschrift des § 361 Nr. 10 StGB. gegen uneheliche Väter anwendbar sei, verneint worden ist. Der Senat hat die zur Entscheidung stehende Frage im Hinblick auf die im Urteil des Obersten Landgerichts in München vom 9. Oktober 1906 (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 74) vertretene entgegengesetzte Ansicht nochmals geprüft, sieht sich aber nicht veranlaßt, von seiner Rechtsauffassung abzugehen.

Die Strafvorschrift des § 361 Nr. 10 ist dem Strafgesetzbuch durch das Gesetz vom 12. März 1894 (RGBl. S. 259) als Ergänzung zu § 361 Nr. 5 hinzu-

Digitized by Google

gefügt worden, weil dessen Vorschriften nicht ausreichend erschienen, den ausgesprochenen Zweck des Gesetzes, die Träger der öffentlichen Armenpflege vor ungebührlichen Anforderungen zu schützen, zu sichern. Der Zweck beider Vorschriften ist derselbe, auch decken sich ihre Tatbestände im wesentlichen Punkte. Voraussetzung für beide Strafvorschriften ist das Bestehen einer Unterhaltspflicht gegenüber solchen Personen, zu deren Ernährung der Täter verpflichtet ist, und die Inanspruchnahme fremder Hülfe infolge einer Verletzung dieser Unterhaltspflicht. Während aber die Strafvorschrift Nr. 5 sich gegen diejenigen richtet, die durch Spiel, Trunk oder Müßiggang in einen Zustand geraten, der die Beschaffung fremder Hülfe notwendig macht, richtet sich Nr. 10 gegen diejenigen, die eine Aufforderung der zuständigen Behörde, den ihnen obliegenden Unterhalt zu leisten, unbeachtet lassen. Im ersten Falle handelt es sich um Leute, die durch eigenes Verschulden außerstande sind, ihren Pflichten nachzukommen, im zweiten um solche, die trotz ihrer Vermögenslage den geschuldeten Unterhalt nicht leisten wollen.

Beide Vorschriften lassen jeden Hinweis darüber vermissen, wie weit der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen gezogen werden soll, die mit Strafe bedacht sind.

Das Bestehen der Unterhaltspflicht ist nach dem geltenden Privatrecht zu beurteilen. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Reihe von Unterhaltspflichten, die teils auf familienrechtlicher, teils auf erbrechtlicher, teils auf obligatorischer Grundlage beruhen. (Vergl. die Zusammenstellung bei Planck — 1. u. 2. Aufl. — Bd. IV S. 354). Es erscheint von vornherein ausgeschlossen, daß die Verletzung jeder dieser Unterhaltspflichten hat unter Strafe gestellt werden sollen; insbesondere dürfte die Strafbarkeit bei den auf obligatorischer Grundlage beruhenden Unterhaltspflichten erheblichen Bedenken unterliegen. Bei dem Schweigen des Gesetzes kann nur zweifelhaft sein, wie die Grenze zwischen der straffälligen und nicht straffälligen Verletzung der Unterhaltspflicht gezogen werden muß. Dieser Zweifel ist aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu lösen.

Bei dem engen Zusammenhang der beiden Bestimmungen, die auf demselben gesetzgeberischen Gedanken, Schutz der öffentlichen Armenpflege gegen Mißbrauch, beruhen, ist es erforderlich, auch auf die Entstehungsgeschichte des § 361 Nr. 5 näher einzugehen. Diese aber ergibt klar, daß es sich bei dieser Vorschrift nur um Familienangehörige handelt.

Der § 361 Nr. 5 ist mit einer unwesentlichen redaktionellen Abweichung dem § 119 des Preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 entnommen. Nach § 119 dieses wurden Spieler, Trinker und Müßiggänger bestraft, die in einen Zustand „versinken", der sie zur Erfüllung ihrer Unterhaltspflichten unfähig macht, nach § 361 Nr. 5 RStrGB. werden dieselben Personen bestraft, wenn sie in diesen Zustand „geraten". Der § 119 a. a. O. wiederum wiederholte nur eine Vorschrift, die bereits in dem Gesetz über die Bestrafung der Landstreicher, Bettler und Arbeitsscheuen vom 6. Januar 1843 (GesS. S. 19) enthalten war.

Auch dieses Gesetz verdankt seine Entstehung dem Bestreben, der bürgerlichen Gesellschaft einen wirksamen Schutz gegen Müßiggänger aller Art zu gewähren und die fortwährend im Steigen begriffenen Lasten der Armenpflege durch Heranziehung der Müßiggänger zu zweckmäßiger Arbeit zu vermindern. Es sollte mehr den Zwecken der Armen- und Sicherheitspolizei als denen der Strafgesetzgebung dienen und war als „Supplementargesetz" zu den in Beratung begriffenen Gesetzen wegen Verpflichtung der Kommunen zur Aufnahme neu anziehender Personen gedacht.

Wie die Akten des Staatsrats (Nr. 83 von 1841/43) ergeben, entstammt die Anregung zu der Strafvorschrift dem Art. 24 des Württembergischen Polizeistrafgesetzbuchs. Sie erscheint in dem ersten Entwurf des Gesetzes unter dem Marginale „III. Arbeitsscheue" als § 7 in folgender Fassung:

„Mit gleicher Strafe wie die Bettler (§§ 3, 4) sind diejenigen zu bestrafen:

1. welche dem Spiele, Trunke oder Müßiggange sich dergestalt hingeben, daß sie in einen Zustand versinken, in welchem zu ihrem Unterhalt oder zum Unterhalt derjenigen, zu deren Ernährung sie verpflichtet sind, die Hülfe von Verwandten oder der öffentliche Armenfonds in Anspruch genommen werden muß."

Gegen diese Fassung wurde in materieller Beziehung nichts erinnert. Die weitere Beratung im Staatsrat erstreckte sich im wesentlichen nur auf die Strafandrohung und die Frage, ob der Entwurf sogleich oder erst später mit dem in

der Vorberatung begriffenen neuen Strafgesetzbuch als Gesetz verkündet werden sollte.

Nachdem der König durch Kabinetsorder vom 22. Juni 1842 für die sofortige Verkündung entschieden hatte, wurde der Entwurf nochmals im Staatsrat beraten. In dem zweiten Entwurf hat § 7 (jetzt als § 6) eine andere Fassung erhalten, indem an Stelle der Worte „die Hülfe von Verwandten oder der öffentliche Armenfonds" jetzt die Worte „durch Vermittelung der Obrigkeit fremde Hülfe" — in Anspruch genommen werden muß — gesetzt worden sind. In dieser Fassung ist der Entwurf Gesetz geworden. Aus den Akten des Staatsrats ist nichts darüber zu ersehen, auf welchen Erwägungen die Änderung des ursprünglichen Wortlauts beruht.

Da in der ersten Fassung die Strafbarkeit u. a. auch davon abhängig gemacht ist, daß die Hülfe von Verwandten in Anspruch genommen werden muß, so kann als Täter nur in Betracht kommen, wer eine Unterhaltspflicht im Kreise der Familienangehörigkeit verletzt. Daß dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein muß, folgt trotz der später veränderten Fassung aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Mai 1855 (GesS. S. 311) zur Ergänzung der Gesetze vom 31. Dezember 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege und die Aufnahme neu anziehender Personen. In Art. 6, 13 dieses Gesetzes wird bestimmt:

Art. 6. „Auf den Antrag des Armenverbandes, der einen Verarmten unterstützen muß, können der Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter, sowie die ehelichen Kinder des Verarmten, wenn sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung zu dessen Verpflegung nicht nachgekommen sind, im Verwaltungswege angehalten werden, demselben ganz oder teilweise die notdürftige Unterstützung selbst zu gewähren, oder die erforderlichen Mittel zu deren Gewährung herzugeben."

Art. 13. „Läßt ein Ehemann seine Ehefrau — ein Vater, oder, wenn der Vater tot oder verschollen ist, eine Mutter die ehelichen, noch nicht 14 Jahre alten Kinder — oder eine Mutter ihre unehelichen Kinder eben dieses Alters, der gesetzlichen Verpflichtung zuwider, dergestalt hülflos, daß diese Angehörigen der Armenpflege anheimfallen, so kann eine solche Person, falls sie die Armenpflege nicht in Anspruch genommen oder deren Notwendigkeit nicht nachgewieesn hat, sobald der Versuch fruchtlos geblieben ist, sie im Verwaltungs- oder gerichtlichen Wege zur Unterstützung jener Angehörigen anzuhalten, auf so lange, als das Bedürfnis der Armenpflege für die Angehörigen fortdauert, in einer Arbeitsanstalt untergebracht werden."

Wenn sich das Gesetz von 1843 auch gegen uneheliche Väter erstreckt hätte, so wäre es nicht zu erklären, weshalb sich das Gesetz von 1855 mit seinen scharfen Maßregeln nur auf die genau bezeichneten, durch Familienangehörigkeit verbundenen Personen beschränkte. Aus dieser Beschränkung aber ist wiederum der Rückschluß gestattet, daß es auch im Jahre 1843 nicht beabsichtigt war, uneheliche Väter wegen Verletzung ihrer Unterhaltspflicht zu bestrafen, und dieser Schluß wird bestätigt durch die Verhandlungen über die Ergänzungen und Änderungen des Strafgesetzbuchs, die zu dem Gesetz vom 14. April 1856 geführt haben. Zu einem Vorschlage auf Abänderung des § 119 StGB., auf den es hier nicht weiter ankommt, bemerkt der Bericht der Kommission für das Justizwesen im Hause der Abgeordneten, daß die Strafe erst dann eintrete, „wenn ein solches Individuum (d. h. ein dem Trunke usw. verfallener Mensch) in den bezeichneten Zustand versunken sei, daß mithin erst gänzliche Unfähigkeit eingetreten sein müsse, sich und seine Familie zu ernähren" (Goltd. Arch. Bd. 4 S. 114). Also auch hier wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß diejenigen Personen, zu deren Ernährung eine Verpflichtung besteht, in Familienbeziehungen zueinander stehen müssen.

Angesichts dieser geschichtlichen Entwickelung ist anzunehmen, daß der Kreis der nach § 361 Nr. 5 StGB. straffälligen Personen nicht über die in Art. 6 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 besonders erwähnten Personen hinausgeht. Eine Erweiterung dieses Personenkreises ist aber auch bei der Schaffung des § 361 Nr. 10 StGB. nicht beabsichtigt gewesen. Das ergeben die Begründung des Gesetzentwurfs von 1894, der Kommissionsbericht und die Verhandlungen des Reichstags.

Aus der Begründung des Entwurfs (Drucksachen des Reichstags 9. Legislaturperiode II. Session 1893/94 Erster Anlageband), der — ebenso wie der Kommissionsbericht — eine wörtliche Wiedergabe der gleichen Schriften zu der bereits in der 8. Legislaturperiode vorgelegten Regierungsvorlage ist, ergibt sich, daß von seiten des deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit an-

geregt worden war, nach dem Muster des erwähnten preußischen Gesetzes vom 21. Mai 1855 pflichtvergessene Ehegatten und Familienväter ins Arbeitshaus zu bringen, daß man aber eine derartige weitgehende Befugnis nicht den Verwaltungsbehörden übertragen wollte, sondern vorzog, mit der neuen Strafbestimmung, die im Entwurf Arbeitshaus androhte, eine Rechtskontrolle zu schaffen (S. 470). Die Begründung erwähnt weiter, daß die bisherigen Bestimmungen nicht ausgereicht hätten, um die mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichen Armenpflege zu verhüten, daß namentlich zahlreiche Familienhäupter, die zwar ihrer Arbeit nachgingen, aber ihren Arbeitsdienst unter schuldhafter Vernachlässigung ihrer Familie vergeudeten und deren Unterhaltung der Armenpflege überließen, straffrei ausgingen. Dieser Übelstand sollte getroffen werden. In demselben Gedankenkreise bewegte sich der Kommissionsbericht, der überall die Verletzung der Fürsorge für Familienangehörige als Grund für die Straffälligkeit betont (S. 727 ff., 738), und die Erörterung der Gesetzesvorlage im Reichstage. Sämtliche Redner betonten die Notwendigkeit eines stärkeren Schutzes der öffentlichen Armenpflege gegen pflichtvergessene Ehegatten und Familienväter. Insbesondere hoben hervor, daß es sich um die Fürsorge für bedürftige Angehörige und Anverwandte handele, die Abgeordneten Brühne und Molkenbuhr (S. 252, 262, 898, 899 der Stenographischen Berichte Bd. 1, 2); Personen, die schuldvoller Weise ihre Familie darben lassen, Familienhäupter werden erwähnt von Greiß, Osann, Auer, Casselmann, Schröder (S. 251, 253, 994, 995, 900), und der Bevolmächtigte zum Bundesrat Staatsminister v. Boetticher, der sich wiederholt in demselben Sinne geäußert hatte, sagte geradezu: wer eine Familie gründe, müsse auch für seine Familie sorgen (S. 254, 899).

Hiernach erscheint auch für die Anwendung des § 361 Nr. 10 der Schluß gerechtfertigt, daß uneheliche Väter durch ihn nicht betroffen werden. Denn nicht der Kreis der Personen sollte erweitert werden, die von der älteren Strafvorschrift umfaßt waren, sondern der Kreis der Handlungen wurde erweitert, die die Strafbarkeit begründen sollten. Dem schuldhaften Trunk und Müßiggang wurde der schuldhafte Ungehorsam gegen behördliche Anordnungen hinzugefügt.

Gegen diese Beurteilung der Entstehungsgeschichte sind zwei Bedenken erhoben worden.

1. Das erste wird daraus abgeleitet, daß in der Kommission (S. 738 der Drucksachen) Anträge auf Abänderung des Gesetzes vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes, sowie des § 749 ZPO. (jetzt § 850) gestellt worden seien wegen der Notwendigkeit, zu Gunsten der Armenverbände für die unehelichen Kinder gegen deren Väter einzutreten (Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 28. Januar 1897, Goltd. Arch. Bd. 45 S. 294. Urteil des Obersten Landgerichts in München a. a. O.). Diese Anträge sind zwar von der ersten Kommission (1892/93) trotz des Widerspruchs des Regierungsvertreters angenommen, aber nicht weiter verfolgt worden. Insbesondere sind diese Vorschläge nicht in dem zweiten Entwurf (1893/94) übernommen worden. Das, was damals angeregt wurde, ist erst durch das Gesetz vom 29. März 1897 wegen Abänderung des Gesetzes, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes, und der Zivilprozeßordnung (RGBl. S. 159) geltendes Recht geworden. Aus der einzigen weitergehenden Anregung, mit der während der ganzen Beratung der unehelichen Väter gedacht wurde, kann ein Schluß auf den Willen des Gesetzgebers, auch die unehelichen Väter unter Strafe zu stellen, nicht gezogen werden.
2. Die Abgeordneten Gröber und Spahn hatten die Beschränkung der Strafvorschrift auf Eltern, Kinder und Ehegatten vorgeschlagen. Da dieser Antrag vom Reichstage abgelehnt worden ist, wird gefolgert, daß der Reichstag den Kreis der strafbaren Unterhaltspflichtigen habe erweitern wollen (Urteil des Obersten Landgerichts in München a. a. O.). Dieser Schlußfolgerung vermag der Senat sich nicht anzuschließen.

Der Zweck des Antrages war unverkennbar der, eine klare Grundlage für die praktische Anwendung des Gesetzes zu schaffen. Aus welchen Gründen die Ablehnung des Antrages erfolgt ist, läßt sich aus der Erörterung des Reichstages nicht mit Sicherheit entnehmen. Da aber der Berichterstatter der Kommission Abg. Schröder (in Übereinstimmung mit dem Staatsminister v. Boetticher S. 988) sich gegen den Antrag erklärt hat, weil ein Eingriff in die landesgesetzlichen Bestimmungen über den Umfang der Alimentationspflicht bedenklich erschien (S. 991), und da weiter auch die Feststellung des Begriffs der Unterhaltspflicht dem künftigen bürgerlichen Gesetzbuch überlassen werden sollte (Kommissions-

bericht S. 738), so erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß der Reichstag den Begriff der Unterhaltungspflicht nicht hat festlegen wollen, um dem bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorzugreifen. Da ferner gerade der Berichterstatter die Familienangehörigkeit in den Vordergrund seiner Ausführungen gestellt hatte, so wird man aus der Ablehnung dieses Antrags nur den Schluß ziehen können, daß der Reichstag von den durch die Begründung und den Kommissionsbericht gezogenen Grenzen nicht hat abweichen wollen und nur die Familienangehörigkeit als Grund für die Strafbarkeit angesehen, eine Beschränkung auf den engsten Familienkreis, wie sie in dem Antrage enthalten war, mit Rücksicht auf die damals noch vorhandene Ungleichheit des bürgerlichen Rechts für untunlich erachtet hat. Ebensowenig können sichere Schlüsse auf den Willen des Gesetzgebers daraus entnommen werden, daß einzelnen Bemerkungen des Abg. Spahn über die Tragweite des Entwurfs für die verschiedenen Rechtsgebiete nicht widersprochen worden ist. Unter anderem hatte Spahn darauf hingewiesen, daß nach bayrischem Recht auch der „Aszendent des außerehelichen Vaters" (S. 985), nach württembergischen Recht nur „Ehegatten und Kinder bis zum 14. Lebensjahr" (S. 994) in Betracht kommen könnten. Wenn auf derartige Einzelheiten aus einer großen Versammlung heraus nichts erwidert wird, so kann daraus schwerlich ein Schluß auf den Willen der Versammlung gezogen werden.

Die Entstehungsgeschichte des § 361 Nr. 10 ergibt nach dem Ausgeführten daß uneheliche Väter seiner Strafe nicht unterliegen. Etwas anderes ist auch aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu entnehmen.

Strafbar ist, wer sich einer Unterhaltungspflicht entzieht, die gegenüber denjenigen besteht, zu deren Ernährung er verpflichtet ist. Der Wechsel in den Worten „Unterhaltungspflicht" und „Ernährung" scheint darauf hinzudeuten, daß nur die Verletzung einer Unterhaltungspflicht unter Strafe gestellt werden soll, mit der eine besondere Ernährungspflicht verbunden ist. Diese Auffassung, die auch im dem Urteil des Senats vom 29. November 1904 vertreten ist, kann nach erneuter Prüfung nicht beibehalten werden. Wenn man berücksichtigt, daß die ersten Anfänge des Gesetzes weit in die landrechtliche Zeit zurückreichen und im Gebiet des Allgemeinen Landrechts entstanden sind, so liegt der Gedanke nahe, daß der Gesetzgeber, der einen strafrechtlichen Schutz gegen die Verletzung der Unterhaltungspflicht gewähren wollte, sich auch im Strafgesetz nach Möglichkeit der Ausdrucksweise bediente, die das Landrecht für die zu schützende Pflicht benutzte. Den festen Begriff der Unterhaltspflicht, wie ihn das bürgerliche Gesetzbuch geschaffen hat, kennt das Allgemeine Landrecht nicht. Wo von dem Anspruch auf Unterhalt und der Pflicht auf Gewährung von Unterhalt die Rede ist, wird das Wort „Unterhalt" vielfach mit „Ernährung" und „Verpflegung" umschrieben. So erwähnt § *252* II. *2*. ALR. das „Unvermögen, sich selbst zu ernähren", § *254* ebenda „Kinder, die nach aufgehobener Gewalt noch ernährt werden müssen", § *636* ebenda die Pflicht des Vaters, „die Verpflegung so lange fortzusetzen, bis das Kind sich selbst zu ernähren vermögend ist", § 14 II. 3. „Verwandte, die einander zu ernähren verbunden", § 15 ebenda „Geschwister, die sich selbst zu ernähren ganz unfähig sind" §§ *321*, *322* II. *2* die Verpflegung der hilflosen und unversorgten Geschwister. Ähnliche Bezeichnungen finden sich auch in den §§ *612*, *615*, *621*, *622*, *623*, *626*, *635* II. *2*. und in den §§ 101, 103, 104, 106, 107, 136 I. 6. ALR. Man wird annehmen können, daß das Landrecht die Ausdrücke „Unterhalt", „Ernährung", „Verpflegung" als gleichwertig gebraucht, und daß deshalb dem Wechsel des Ausdrucks in den §§ 361 Nr. 5, 10 StGB. keine besondere Bedeutung beizulegen ist.

Wesentlich bleibt daher nur die aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu entnehmende Grenze, daß nur eine auf der Familienangehörigkeit beruhende Unterhaltspflicht durch das Strafrecht geschützt wird. Die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters beruht eben nicht auf der Familienangehörigkeit. In dieser Beziehung ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch gegenüber dem Allgemeinen Landrecht nichts geändert worden. Beide Gesetzbücher bauen zwar die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters auf familienrechtlicher Grundlage auf, aber damit wird nur der in der Rechtslehre vielfach vertretene Standpunkt, daß es sich um einen deliktischen Anspruch handle, verworfen, nicht dagegen ein verwandtschaftliches Verhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater anerkannt (§ 1589 Abs. *2* BGB.). Der Rechtsgrund des Anspruchs des unehelichen Kindes stützt sich nur auf das durch die natürliche Verwandtschaft zwischen ihm und seinem Vater geschaffene Verhältnis und dementsprechend weist der Anspruch des unehelichen Kindes auf Unterhalt gegenüber dem des ehelichen Kindes

erhebliche Verschiedenheiten auf, die bei der strafrechtlichen Würdigung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.

Gemeinsam ist beiden Ansprüchen, daß sie durch Gewährung einer Geldrente befriedigt werden müssen (§§ 1612, 1710 BGB.). Aber während die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters mit der Gewährung der Geldrente erschöpft ist, treten der entsprechenden Verpflichtung des ehelichen Vaters weitere Rechte und Pflichten gegen das Kind hinzu, die erkennbar machen, daß es sich bei der Unterhaltspflicht des Vaters um eine durch die sittliche Pflicht gebotene Unterstützung handelt, daß überall auf die durch Blutsverwandtschaft geknüpften Familienbande Rücksicht genommen wird (Vergl. Motive zum BGB. Bd. IV, S. 680). Dem Vater steht in gewissem Umfang die Bestimmung über die Verwendung der Geldrente zr (§§ 1612, 1631 BGB.), er hat Einfluß auf die Erziehung des Kindes (§ 1631 BGB.) und muß auch sonst für die Person und das Vermögen des Kindes sorgen (§ 1627 BGB.). Eltern und Kinder leben in der Regel in häuslicher Gemeinschaft; so lange das Kind dem elterlichen Hausstand angehört, hat es den Eltern im Hauswesen Dienste zu leisten (§ 1617 BGB.). Der Vater hat ferner das Recht, angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden (§ 1631 BGB.), und er hat endlich die Pflicht, trotz eigener Bedürftigkeit alle seine verfügbaren Mittel zu seinem und des Kindes Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (§ 1603 BGB.).

Alle diese ethischen Gesichtspunkte fallen für die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters weg, so daß trotz der familienrechtlichen Grundlage seiner Verpflichtung nicht davon gesprochen werden kann, daß zwischen ihm und dem Kinde so nahe persönliche Beziehungen bestehen, wie sie zur Anwendung des Strafgesetzes vorausgesetzt werden.

Diesen Erwägungen tritt hinzu, daß der öffentlich rechtliche Schutz, der den Ansprüchen Hilfsbedürftiger gewährt wird, gegenüber dem unehelichen Vater versagt. Nach § 65 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Gesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871 (GesS. S. 130) können nur der Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter, sowie die ehelichen Kinder und die unehelichen Kinder in Beziehung auf die Mutter im Verwaltungszwege angehalten werden, dem Hilfsbedürftigen nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Verpflichtung die erforderliche laufende Unterstützung zu gewähren. Auch diese im wesentlichen mit Art. 6 des Gesetzes vom 21. Mai 1855 übereinstimmende Vorschrift spricht dafür, daß an die Bestrafung unehelicher Väter wegen Verletzung ihrer Unterhaltspflicht nicht gedacht worden ist.

Aus diesen Gründen war die Revision zurückzuweisen.

Krankenversicherungsgesetz vom $\frac{\text{15. Juni 1883}}{\text{10. April 1892}}$ *§§ 1 Abs. 1 Ziff. 2a, 49, 81. Versicherungspflicht einer von einem Rechtsanwalt gegen Lohn* ***mit*** *der Säuberung von Zimmern, darunter Geschäftsräumen beschäftigten Person.*

II. StrS. U. v. 10. März 1908 g. S. 2 S. 97/08.

Gründe: Der Angeklagte rügt mittels der frist- und formgerechten Revision ohne nähere Begründung die Verletzung der §§ 49, 81 des Krankenversicherungsgesetzes. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften oder eine andere materielle Rechtsnorm ist jedoch aus dem Urteil des Berufungsgerichts nicht zu ersehen. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, beschäftigt der Angeklagte, welcher den Beruf eines Rechtsanwalts ausübt, die Aufwärterin F. gegen einen Monatslohn von 25 Mk. in der Weise, daß sie täglich die zu seiner Wohnung gehörigen sieben Zimmer zu säubern hat. Von den Zimmern dient das eine als sogenanntes Bureau ausschließlich der Berufstätigkeit des Angeklagten, während ein zweites — sogenanntes Herrenzimmer — sowohl für berufliche als auch für private Zwecke benutzt wird. Mindestens seit dem 1. Juni 1907 steht die F. nur bei dem Angeklagten in entgeltlicher Beschäftigung. Der Angeklagte, dem dies bekannt ist, hat sie erst am 21. Juni 1907 zur Ortskrankenkasse der Bureauangestellten der Rechtsanwälte angemeldet.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Angeklagte sich einer Übertretung der §§ 49, 81 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 dadurch schuldig gemacht hat, daß er die F. nicht spätestens am dritten Tage nach dem vom 1. Juni 1907 zu rechnenden Beginn der Beschäftigung bei der Ortskrankenkasse angemeldet hat. Es geht dabei von der Ansicht aus, daß die F., da die von ihr besorgte Säuberung der Geschäftsräume für die Aufrechterhaltung des Anwaltsbetriebes notwendig sei, zu den Personen gehöre, die im Geschäfts-

Digitized by Google

betriebe des Angeklagten gegen Lohn beschäftigt seien, daß ihre Tätigkeit, soweit sie sich auf die beiden Geschäftsräume beziehe, auch nicht als eine nebensächliche gegenüber dem sonstigen Umfange ihrer Beschäftigung angesehen werden könne. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Nach § 1 Nr. 2a a. a. O. sind Personen, welche in dem Geschäftsbetriebe der Anwälte gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt sind, gegen Krankheit zu versichern, sofern nicht die Beschäftigung durch die Natur ihres Gegenstandes oder im voraus durch den Arbeitsvertrag auf den Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt ist. Die Art der versicherungspflichtigen Beschäftigung ist nicht näher bestimmt worden, insbesondere fehlt es an einer Beschränkung der Versicherungspflicht auf diejenigen Personen, deren Tätigkeit mit der Erledigung der dem Rechtsanwalt berufsmäßig obliegenden Arbeit in unmittelbarem Zusammenhange steht. Deshalb ist anzunehmen, daß jede Tätigkeit, welche auf die Dauer von mindestens einer Woche in dem Geschäftsbetriebe eines Rechtsanwalts gegen Entgelt entfaltet wird, den Versicherungszwang begründet. Als eine solche Tätigkeit erscheint aber auch, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, die Arbeitsleistung, die auf die Säuberung der dem Anwaltsbetriebe dienenden Räumlichkeiten gerichtet ist. Nach den Anschauungen des Verkehrs ist das Reinhalten dieser Räume sowohl im Interesse des Anwalts selbst und seines Bureaupersonals als auch der dort sich einfindenden Rechtsuchenden notwendig: die Säuberung fördert die Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung in den Geschäftsräumen und dient dadurch dem Geschäftsbetriebe selbst. Sie ist deshalb zu denjenigen Beschäftigungen zu rechnen, die im Geschäftsbetriebe des Rechtsanwalts stattfinden. Hieran ändert im vorliegenden Falle auch nichts der Umstand, daß der F. nicht nur die Reinigung der beiden Geschäftsräume, sondern auch der übrigen zur Wohnung des Angeklagten gehörigen Zimmer obliegt. Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist lediglich, daß eine Beschäftigung in einem den Versicherungszwang begründenden Betriebe stattfindet. Unerheblich ist es aber, ob diese Beschäftigung den hauptsächlichen oder nur einen minder bedeutenden Teil der gewöhnlichen Tätigkeit der betreffenden Person ausmacht, und ob die letztere nicht nur im Geschäftsbetriebe des Arbeitgebers, sondern zugleich in dessen Haushalt beschäftigt wird. (v. Woedtke, Krankenversicherungsgesetz § 1 Note 4 und 14, 5. Aufl. S. 58, 65, Hilse in den Blättern für Rechtspflege, Jahrg. 1907, S. 38.) Die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, die Wohltaten des Krankenversicherungsgesetzes einem möglichst weiten Kreise der wirtschaftlich abhängigen Personen zuzuwenden; dieser Tendenz würde es widersprechen, wenn der durch einen Teil der Beschäftigung begründete Versicherungszwang dadurch aufgehoben werden könnte, daß daneben von der beteiligten Person noch eine Tätigkeit entfaltet wird, auf welche das Krankenversicherungsgesetz nicht Anwendung findet. Eine Ausnahme erscheint nur dann statthaft, wenn die Arbeiten, die in dem versicherungspflichtigen Geschäftsbetriebe geleistet werden, bloß gelegentliche oder derartig geringfügige sind, daß sie gegenüber der sonstigen Tätigkeit von gänzlich untergeordneter Bedeutung sind. Ob dies der Fall ist, ist Tatfrage. Die Ansicht des Vorderrichters, daß die Tätigkeit der F. bei der Reinigung des Bureau- und Arbeitszimmers des Angeklagten nicht als eine bloß gelegentliche, nebensächliche und geringfügige anzusehen, und daß auf diese Tätigkeit ein beträchtlicher Teil des an sie gezahlten Monatslohns anzurechnen sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden (vergl. Urteil des badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27. März 1906 — abgedruckt in den Blättern für Rechtspflege, Jahrg. 1907, S. 59). Da auch im übrigen die Feststellungen des Berufungsgerichts die Anwendung der §§ 1 Abs. 1 Nr. 2a, 49 und 81 des Krankenversicherungsgesetzes gegen den Angeklagten rechtfertigen, so ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Literatur.

Rissom, Kriegsgerichtsrat. Notwehr und Waffengebrauch des Militärs. Berlin 1906. Verlag Franz Vahlen.

Es gibt im Gebiete des Militär-Strafrechts eine große Anzahl von Streitfragen, über die man in der Literatur vergebens Material sucht. Dies sind meist solche heikle Fragen, bei denen das Recht in Konflikt mit der militärischen Disziplin kommt.

Zu diesen Fragen gehört auch die Anwendung der Notwehr bei militärischen Delikten. Der Verfasser hat dieses Thema in sehr gründlicher und dankenswerter Weise in dem vorliegenden Buche geprüft. Mit seinen Resultaten wird man im ganzen fast überall einverstanden sein können und sie nur manchmal als etwas zu weitgehend ansehen müssen.

Der Verfasser stellt zunächst fest, daß die Anwendung des von der Notwehr handelnden § 53 RStGB. für das Gebiet des Mil.-Strafrechts grundsätzlich nicht zu beanstanden sei. Er prüft dann im einzelnen die Tatbestandsmerkmale der Notwehr und findet nirgends einen durchschlagenden Grund zum Abweichen für das MStGB., bis auf einen Punkt, die Disziplin! Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Tat, so führt der Verfasser aus (S. 30), sei oft von andern, außerhalb des Strafgesetzbuches liegenden Umständen abhängig; so werde das Notstandsrecht unter Umständen durch die Berufspflicht beseitigt (Seem.-O. §§ 34, 41); unter diesem Gesichtspunkt sei auch die Berücksichtigung der Disziplin nicht zurückzuweisen.

Dies Mittel, der Disziplin zu ihrem Rechte zu verhelfen, erscheint etwas gekünstelt. Richtig ist sicherlich, daß die Disziplin bei der Frage, ob Notwehr zulässig war, mitzusprechen hat. Viel einfacher dürfte sich dies indes ergeben, wenn man bei der stets zu prüfenden Frage, ob die Verteidigung e r f o r d e r l i c h war, die Disziplin in Rücksicht zieht. Der Angegriffene ist stets dann, wenn ihm ein der Art und dem Maße nach geringeres Mittel zur Verfügung stand, zur Verteidigung nicht berechtigt. Wenn der Vorgesetzte einen Untergebenen vorschriftswidrig behandelt, so ist das Beschwerderecht im Vergleich zum Gegenangriff immer das geringere verfügbare Mittel. In Anbetracht des ungeheuerlichen Disziplinverstoßes, den ein Angriff des Untergebenen gegen den Vorgesetzten an sich bildet, darf der Untergebene zu diesem Mittel, dem Gegenangriff, nur im äußersten Notfall greifen. Das Vorgesetztenverhältnis, also die zwischen Untergebenen und Vorgesetzten obwaltenden konkreten Umstände, führen auf diese Weise, ohne daß in den Begriff des § 53 RStGB. ein fremdes Moment hineinkommt, zu einer besonderen Beurteilung des Falles.

Vorstehender Auffassung kommt der Verfasser S. 31 nahe, indem er auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung zurückkommt.

Bezüglich des Notwehrexzesses (§ 53 Abs. 3 RStGB.) führt der Verfasser aus, daß dieser infolge von § 49 [1] MStGB. soweit ausscheiden müsse, als die Überschreitung aus Furcht oder Schrecken, und zwar aus Furcht vor persönlicher Gefahr, geschehen sei. Dies dürfte zutreffend sein, indes liegt doch die Entstehungsursache eines „Schreckens" wohl durchweg nicht so sehr in dem Gefühl der Angst, als in einer unwillkürlichen körperlichen Reaktion, Nervosität etc.

Verfasser spricht dann einzelne Fälle aus dem militärischen Leben, bei denen Notwehr vorkommen kann, zutreffend durch und berührt dabei eine Reihe interessanter Fragen, deren Besprechung im einzelnen zu weit führen würde. Unter anderm findet der Begriff „Diensthandlung" eine eingehende Erörterung; dabei kann man dem Verfasser nur freudig zustimmen, wenn er mit der alten Streitfrage, wodurch Dienstbefehl und Befehl in Dienstsachen sich unterscheiden, gründlich aufräumt, indem er das, was das RMG. schon lange angedeutet, aber noch nicht klar ausgesprochen hat, offen feststellt: es gibt zwischen beiden Begriffen überhaupt keinen Unterschied, beides deckt sich vollkommen, Unterscheidungen sind nichts weiter als Silbenstechereien!

Nach Darlegung der Notwehr wird noch der — in etwas losem Zusammenhang mit ihr stehende — Waffengebrauch des Militärs im Frieden besprochen. Die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen werden aufgezählt. Bei der Frage, ob ein Irrtum über die Grenzen der Befugnis zum Waffengebrauch entschuldbar sei, polemisiert Verfasser gegen die — durch ständige Praxis des Reichsgerichts, Reichsmilitärgerichts und anderer hohen Gerichtshöfe fest eingebürgerte — Ansicht, daß der Irrtum aus dem Gebiete des Strafrechts und der in Ergänzung desselben ergangenen Rechtssätze nicht unter § 59 RStGB. falle, vielmehr nicht entschuldbar sei; und bemerkt dabei — insofern m. E. zutreffend —, daß die Annahme des RMG. Bd. V 34, die Wachtvorschriften seien (trotz des Wortlauts des § 141 MStGB.!) keine solche Ergänzungen des Strafrechts, nicht ganz konsequent zu sein scheine.

Zum Schlusse werden unter der Überschrift „Verwandte Fälle" der Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten und das Verhalten bei Abwehr eines Einbrechers und bei einer vorläufigen Festnahme berührt.

R o t e r m u n d, Kriegsgerichtsrat.

Digitized by Google

Dr. jur. Henry Graack. Kurpfuscherei und Kurpfuschereiverbot. Eine rechtsvergleichende, kriminalpolitische Studie. Jena, Gustav Fischer. 1906. 2 M.

In dem ersten, historischen Teil bringt Verf. eine erschöpfende Übersicht über die gesetzliche Behandlung der Kurpfuscherei in den einzelnen Staaten zu den verschiedensten Zeiten. Es finden sich Verbote oder den Verboten ähnliche Warnungen vor der Kurpfuscherei nachweislich seit dem Ende des Mittelalters in fast allen deutschen Gesetzbüchern. Diese Verbote sind besonders klar und scharf präzisiert im Allgemeinen Landrecht und im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851, sowie in allen deutschen Gesetzbüchern der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts enthalten. Die Beseitigung dieses Verbotes ist bei uns merkwürdigerweise unter Mitwirkung bezw. auf Veranlassung der Ärzte erfolgt, indem die Berliner medizinische Gesellschaft bei Beratung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bunde im Jahre 1869 durch eine Petition für Aufhebung des Verbotes eintrat. Die Aufhebung sollte ein Mittel sein, den Kurierzwang der Ärzte zu beseitigen und ging von der leider irrigen Annahme aus, daß das Verbot „der Bildungsstufe und Urteilsfähigkeit unseres Volkes unwürdig" sei. Die Petition führte trotz des gegenteiligen Votums der wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen und trotz des anfänglichen Widerstandes der Regierung schließlich zu einer Änderung des Gesetzes und brachte so völlige Kurierfreiheit für den Norddeutschen Bund und später für das Deutsche Reich. Heute haben solche völlige Kurierfreiheit außer Deutschland nur England und zwei schweizerische Kantone; alle übrigen Kulturstaaten haben ein absolutes oder wie Rußland wenigstens teilweise gültiges Verbot der Kurpfuscherei. Die feineren Unterschiede und die historische Entwicklung der fraglichen Gesetzesbestimmungen in den einzelnen Ländern werden vom Verf. ausführlich dargelegt.

Die Folge der Aufhebung des Verbotes war in Deutschland ein ständiges, in letzter Zeit gewaltiges Anwachsen der Kurpfuscherei. Die Zahl der Kurpfuscher stieg in Berlin von 28 im Jahre 1879 auf 410 im Jahre 1895 und auf 1013 im Jahre 1903; ähnlich stark war die Zunahme in Bayern und Württemberg, in allen preußischen Kreisen, über die exakte Nachrichten vorliegen, sowie im Königreich Sachsen. In letzterem Lande stieg ihre Zahl von 323 im Jahre 1874 auf 674 im Jahre 1894 und 1001 im Jahre 1903. Verfasser schätzt danach die Zahl der Kurpfuscher, ungerechnet der in der Zählung fehlenden Pfuscher der Zahnheilkunde, auf über 10 000 im Deutschen Reiche. Das Arbeitsgebiet der Pfuscher hat sich dabei ständig erweitert; am beliebtesten sind noch heute die chronischen, schwer heilbaren inneren Krankheiten, doch gibt es gewerbsmäßige Kurpfuscher auf allen Gebieten, sowie viele „Spezialisten". An Bedeutung und Gefährlichkeit zugenommen hat die Kurpfuscherei in der letzten Zeit vor allem durch die umfassende literarische Tätigkeit der einzelnen Kurpfuscher, deren Bücher zum Teil in Hunderttausenden von Abdrücken verbreitet sind, durch die umfassende Reklame und nicht zum wenigsten durch den systematischen Kampf gegen staatliche Einrichtungen — Impfgesetz u. a. — und gegen bewährte ärztliche Behandlungsmethode — Quecksilberbehandlung der Syphilis u. a. Ein trauriges Zeichen für die Urteilslosigkeit des Publikums ist es, daß das Gros der Pfuscher nicht nur jeder ärztlichen, sondern auch jeder allgemeinen Bildung enthehrt und daß ein unverhältnismäßig großer Prozentsatz von ihnen alljährlich wegen Vergehen und Verbrechen hestraft wird. So wurden in den Jahren 1902 und 1903 in Preußen 1020 Kurpfuscher gerichtlich hestraft, darunter 36 wegen Sittlichkeitsverbrechen, 105 wegen Diebstahls und Unterschlagung und 17 wegen Bettelns und Landstreicherei.

Eine Bestrafung der Kurpfuscherei an sich ist dringend notwendig nicht nur zum Schutz der Gesundheit des einzelnen, sondern vor allem im staatlichen Interesse, um zu verhindern, daß der Kampf gegen die Volksseuchen gestört, daß die Wehrkraft des Volkes vermindert und daß durch falsche Belastung der Kranken- und Unfallkassen sowie der Invalidenversicherung das Nationalvermögen geschädigt wird. Die bestehenden Gesetze reichen nicht aus dazu, da die Geschädigten oft selbst über den ihnen zugefügten Schaden sich nicht klar sind, aus Unverstand oder Scham von einer Erhebung der Klage absehen und auch dann die zur Bestrafung jetzt erforderlichen Unterlagen nur selten zu beschaffen sind. Alle gegen den Erlaß eines Verbotes geltend gemachten Einwände sind, wie Graack schlagend beweist, hinfällig.

De lege ferenda gipfeln die Ausführungen in dem eingehend begründeten Vorschlag, schon vor der Umarbeitung des ganzen StrGB. ein Sondergesetz zu erlassen mit etwa folgendem Wortlaut:

„Wer ohne vorschriftsmäßig approbiert zu sein oder mit Überschreitung der Grenzen seiner durch die Approbation erlangten Befugnisse, außer im Notfalle, gewerbsmäßig Mitmenschen ärztlich behandelt, wird mit Haft bestraft, auch kann ihm die Approbation, die er überschritten hat, bis zur Dauer von sechs Monaten entzogen werden. Hat er sich gleichzeitig einen Titel beigelegt, durch den der Glaube erweckt wird, er sei eine entsprechend approbierte Medizinalperson, so ist seine Verurteilung öffentlich bekannt zu machen."

Das knapp gefaßte, an Inhalt überreiche Werk dürfte eine höchst wertvolle Unterstützung des Kampfes sein, den die Ärzte als die besten Kenner des Elends, das durch die Kurpfuscherei über unser Volk gebracht wird, seit Jahren führen. Der gesamte Inhalt, dem rücksichtslos zuzustimmen ist, zeugt von so umfassender Kenntnis des Problems und so feinem Verständnis für das auch ärztlich Wesentliche der Frage, daß im Interesse der armen durch die Kurpfuscher Betrogenen und mehr noch im allgemeinen Staatsinteresse eine intensive und schnelle Berücksichtigung des Werkes seitens der maßgebenden Behörden aufrichtig gewünscht werden muß. — Bei einer ev. Neuauflage erfüllt Verf. vielleicht noch den einzigen Wunsch des Ref., seiner sonst erschöpfenden Darstellung noch einige Angaben darüber hinzuzufügen, wie die Kurierfreiheit in England gewirkt hat und ob auch dort der Kampf gegen die Kurpfuscherei eröffnet worden ist. Es wäre doch vom Standpunkt der vergleichenden Völkerpsychologie interessant zu erfahren, ob es in England ebenso viel kritiklose Kranke gibt und die Kurpfuscherei ein ebenso lukratives Geschäft ist als bei uns. Dr. Stier, Berlin.

Dr. jur. et rer. pol. Ludwig Weil. Die Aufreizung zum Klassenkampf. Heft 65 der strafrechtlichen Abhandlungen, hrsggb. von Prof. Dr. Ernst Beling. Breslau 1905. Schlettersche Buchhandlung. 72 S. 1,90 Mk.

Weil hat mit außerordentlicher Sorgfalt alle Fragen behandelt, welche bei Auslegung des § 130 StrGB. gestellt werden können. Er untersucht zunächst das Wesen des öffentlichen Friedens als desjenigen Rechtsguts, welches durch die Strafbestimmung des § 130 StrGB. geschützt werden soll, indem er entgegen anderen Ansichten, insbesondere der von Finger, nicht das Interesse, sondern das Rechtsgut als Schutzobjekt der Norm annimmt und der Ansicht ist, daß das Verbrechen immer ein Rechtsgut verletzt, aber nicht unbedingt immer, wenn auch in der Regel ein Interesse. Er unterscheidet Frieden in objektivem und subjektivem Sinne; Frieden in objektivem Sinne nennt er den tatsächlichen Friedenszustand, Frieden in subjektivem Sinne das Friedensgefühl, die Friedenszuversicht der einzelnen Bürger. Zwar wird in der Regel der Friedenszustand die Friedenszuversicht zur Folge haben; indessen lassen sich Fälle denken, in denen der Friedenszustand nicht gestört ist, wohl aber die Friedenszuversicht. Diese Unterscheidung müßte eine doppelte Strafandrohung zur Folge haben; da jedoch der Friedenszustand in der Regel die Friedenszuversicht zur Folge hat, so brauchen sich die Strafandrohungen in der Regel nur auf den Friedenszustand zu beziehen, auf die Friedenszuversicht nur in den Fällen, wo aus der Art des Deliktes erhellt, daß es ganz besonders dazu angetan ist, die Zuversicht der Rechtsgenossen auf den Bestand des Friedens zu erschüttern, ohne daß dadurch der Friedenszustand selbst gefährdet wird. Die Strafandrohung des § 130 StrGB. soll den Friedenszustand, also den objektiven Frieden, schützen.

Die Angriffshandlung des § 130 ist die Anreizung, d. h. das gewollte Bemühen um die Hervorrufung des Entschlusses zu einer Tat; Anreizen ist hierbei eine ganz allgemeine Bezeichnung der anstiftenden Tätigkeit. Das Subjekt der Anreizung sind die Bevölkerungsklassen. Klasse ist eine individuell unbestimmte Personenmehrheit, die etwas Gemeinsames hat und im Gegensatz zu einer anderen Personenmehrheit steht. Gerade das Gemeinsame muß den Gegensatz hervorrufen, und die einzelnen Mitglieder der Klassen müssen ob dieses Gemeinsamen das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit haben. Der Gegensatz aber muß ein derartiger sein, daß er das ganze Gemeinleben in dieser Hinsicht durchsetzt; dagegen ist eine dauernde Verbindung der Personenmehrheit zum Begriff der Klasse ebensowenig nötig wie der dauernde Gegensatz.

Die Aufreizung muß nun gegen solche Klassen gerichtet sein, ohne daß jedoch eine ausdrückliche Benennung dieser Klassen erforderlich ist. Eine Auf-

Digitized by Google

reizung gegen eine einzelne Person fällt auch dann nicht unter § 130, wenn gegen die Person nur deshalb aufgehetzt wird, weil sie einer Klasse angehört, vielleicht der energischste Vertreter des Klassenstandpunktes ist. Die Aufreizung muß zu Gewalttätigkeiten antreiben. Es sind dies nur solche Delikte, aber auch alle diejenigen, bei denen der Angriff ein besonders heftiger ist, wobei nicht nur diejenigen Handlungen als Gewalttätigkeiten anzusehen sind, bei denen das Gesetz die Gewalt als Mittel des Angriffs verlangt. Die Aufreizung muß nach dem Wortlaut des § 130 öffentlich erfolgen; doch hält Weil die ausdrückliche Betonung des Begriffs der Öffentlichkeit nicht für erforderlich, da ohnehin das Erfordernis der Anreizung einer Klasse, d. h. einer unbestimmten Personenmehrheit, die Wahrnehmung der Aufreizung durch unbestimmt viele Personen, also die Öffentlichkeit bedingt.

Die Folge der Aufreizung zum Klassenkampf muß die Gefährdung des öffentlichen Friedens sein. Diese Gefährdung ist eine Folge, keine „Modalität der Begehung" der Anreizung; sie besteht darin, daß durch die Anreizung zu Gewalttätigkeiten die nahe Möglichkeit geschaffen wird, daß der öffentliche Friedenszustand durch Verübung von Gewalttätigkeiten gestört werde. Hier darf nicht mit dem Reichsgericht schon die entfernte Möglichkeit als Gefährdung gelten, Gefahr ist vielmehr immer nur die nahe Möglichkeit.

Bezüglich einer Umformung des § 130 bei einer Reform des Strafrechts will Weil zunächst die wenig glückliche Fassung der Aufreizung „verschiedener" Bevölkerungsklassen beseitigt wissen, sodann aber hält er es vor allem für nötig, das Merkmal der Friedensgefährdung fallen zu lassen, da eine Feststellung dieser Gefahr zu große Schwierigkeiten mit sich bringt.

Dr. jur. Leonhard Holz.

Dr. jur. Marie Raschke. Die Vernichtung des keimenden Lebens (§ 218 StrGB.). Verlag der Frauen-Rundschau, Schweizer & Co., Berlin SW. 11. 26 S.

Die kleine Arbeit ist bis zu einem gewissen Grade eine Antwort auf die Schrift der Gräfin Streitberg. Von gründlicher juristischer Kenntnis des Problems ausgehend, beleuchtet Verf. eingehend die Schwierigkeiten oder richtiger die Unmöglichkeit einer Aufhebung des § 218. Die Aufhebung des genannten Paragraphen würde das sittliche Gefühl des Volkes in schwerem Maße schädigen, eine Gefährdung der Rechtsordnung darstellen, deren Folgen unübersehbar wären und nichts anderes bedeuten, als die gesetzliche Erlaubnis zur Ausführung mordähnlicher Handlungen. Das, was uns not tut, ist nach Ansicht der Verf. vielmehr eine Stärkung des Gefühls der Verantwortung gegenüber dem ungeborenen Kinde und eine größere Selbstachtung der Frauen. In den Fällen, wo gesundheitliche oder sonst berechtigte Interessen eine Beschränkung des Kindersegens notwendig machen, ist dies nach den Gesetzen der Moral lediglich auf dem Wege sexueller Abstinenz zu erreichen, und es ist zu wenig noch in den Kreisen der Frauen bekannt, daß das Gesetz der Frau schon jetzt das Recht zur Verweigerung des ehelichen Verkehrs in solchen Fällen gibt. Durch Vermeidung von unnützem Luxus in der Lebenshaltung der Eltern und durch schärfere gesetzliche Heranziehung des Vaters unehelicher Kinder zu deren Unterhalt ist eine bessere Möglichkeit zur Erhaltung und Erziehung der Kinder zu schaffen und damit die Versuchung der Mutter zur willkürlichen Abtreibung zu vermindern. Auf die allgemein herrschende Volksanschauung, welche die Abtreibung nicht eigentlich als Abtötung eines lebenden Menschen, sondern nur als Mittel gegen die Entstehung eines Kindes ansieht, ist dagegen insofern Rücksicht zu nehmen, als das Gesetz die Strafe für die Abtreibung durch die Mutter etwas mildern und den Versuch straflos lassen sollte; die ganze Härte des Gesetzes aber sollte den treffen, der mit oder ohne Willen der Mutter bei der Abtreibung mitwirkt. Als Vorbeugung empfiehlt sie schließlich, in unser Gesetz die §§ 240 und 241 des norwegischen StrGB. zu übertragen, nach denen der Mann sich strafbar macht, der die von ihm Geschwängerte ohne die nötige Unterstützung läßt oder eine von ihr beabsichtigte Abtreibung nicht verhindert.

Die kleine Schrift ist getragen von dem Geiste warmer Nächstenliebe und zeugt von hoher sittlicher Weltauffassung. Ihren Schlüssen ist im allgemeinen zuzustimmen; doch ist zu bemerken, daß die logisch und juristisch wertvolle Scheidung zwischen einer Abtreibung durch die Schwangere selbst und durch andere Personen von ihrer scheinbaren Bedeutung viel dadurch verliert, daß in Wirklichkeit ein Abtreibungsversuch nach ärztlicher Erfahrung eigentlich nur dann

Digitized by Google

von Erfolg begleitet ist, wenn er von jemand anders als der Schwangeren unternommen wird. Es dürfte also die Forderung nach einer Straflosigkeit des Versuches der Abtreibung eine wesentliche, die Forderung nach Herabsetzung des Strafmaßes für vollendete Abtreibung durch die Schwangere selbst dagegen eine praktisch bedeutungslose Forderung sein.

Dr. Stier, Berlin.

Dr. jur. Anton Schlecht. Das Recht der Elektrizität. München, J. Schweitzer Verlag, 1906. VIII, 174 S. Geb. 4,20 Mk.

Das Werk trägt einen stolzen Titel, wird ihm aber leider nicht gerecht. Auf Grund der Vorrede vermutet man eine Darstellung des allgemein geltenden Rechts der elektrischen Energie auf dem Gebiete des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts vor sich zu haben und wird dann sehr enttäuscht, wenn man statt dessen die Bogen vorwiegend mit Gesetzestext gefüllt sieht. Ein schwaches Drittel der Schrift ist eine Paraphrase der im Deutschen Reiche geltenden Bestimmungen über Elektrizität, untermischt mit einigen Entscheidungen und Mitteilungen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur und ergänzt durch recht lückenhafte Angaben über das ausländische Recht elektrischer Anlagen. Über zwei Drittel der Schrift, welche noch dazu als Anhang bezeichnet werden, enthalten den Abdruck von Gesetzen, Verordnungen, Bekanntmachungen, Vertragsbedingungen u. ähnl. in extenso und ohne Kommentar. Für den Benutzer liegt der Wert der Schrift also vornehmlich in der Vereinigung und sachlichen Ordnung des zerstreuten Materials; als wertvoll für den Juristen sei noch die Aufzählung, Erläuterung und Verwertung von Fachausdrücken der Elektrotechnik besonders hervorgehoben.

Maas.

Dr. Wilhelm Rönnberg, Landgerichtsrat. Das Reichs- und Landeslotterie- und sonstige Glücksspielstrafrecht im Gebiete der preußischen Lotteriegemeinschaft. Handbuch für die Strafrechtspraxis und den Lotterieverkehr. Rostock, C. I. E. Volckmann.

Die zahlreichen Streitfragen, welche durch die vielfach unklaren und teilweise sich widersprechenden Entscheidungen unserer Gerichte, insbesondere auch des Reichsgerichts, auf dem Gebiete des Glücksspielstrafrechts entstanden sind, die Zweifel, inwieweit diese Materie der Landesgesetzgebung entzogen ist, sowie das preußische Lotteriegesetz vom 29. August 1904 mit seinen geradezu ungeheuerlichen Strafbestimmungen bieten Veranlassung und Stoff genug zu einer eingehenden zusammenhängenden Bearbeitung, an der es bisher in der Wissenschaft gefehlt hat. Diesem Mangel abzuhelfen hat sich der Verf. zur Aufgabe gestellt, die er in vorzüglicher Weise gelöst hat.

Das Werk behandelt in der äußeren Form eines Kommentars die §§ 284 bis 286, 360 Z. 14 des Reichsstrafgesetzbuches und im Anschluß daran neben den reichsgesetzlichen Nebenbestimmungen (so der Reichsgewerbeordnung, des Gesetzes über die Inhaberpapiere mit Prämie, sowie über die Abzahlungsgeschäfte, die Erhebung von Reichsstempelabgaben und die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen) die auf das Lotteriestrafrecht bezüglichen Landesgesetze der zur preußischen Lotteriegemeinschaft gehörenden Staaten, insbesondere das erwähnte preußische Lotteriegesetz.

Eine sehr interessante Darstellung der Entstehung und der rechtlichen und finanziellen Bedeutung der Lotterieverträge, zu denen sich zur Zeit 17 dem Deutschen Reiche angehörige (wie das Reichsgericht sagt), „ausländische" Staaten bekannt haben, und welchen in Kürze noch Braunschweig beitreten wird, bildet den ersten Teil des Werkes, an dessen Schlusse Verf. in bezeichnender Weise darauf hinweist, man habe es sich nicht träumen lassen, daß im 20. Jahrhundert der Eugatride Drakon, der vor 2525 Jahren Attika seine „mit Blut" geschriebenen Thesmoi gab, für einen großen Teil des Deutschen Reiches als Gesetzgeber wiedererstehen würde."

Ohne mit dem Verfasser in allen Rechtsfragen einer Meinung zu sein, muß ihm die volle Anerkennung zu Teil werden, daß er seiner Aufgabe sowohl in wissenschaftlicher wie auch in praktischer Hinsicht gerecht geworden ist, und das Werk, welchem noch der Vorzug der Übersichtlichkeit trotz der manchmal die Form von Abhandlungen annehmenden Breite verblieben ist, verdient wegen seiner

Digitized by Google

Gründlichkeit und seiner Wissenschaftlichkeit die weiteste Verbreitung. Ein übersichtliches Inhaltsverzeichnis und ein Sachregister erleichtern zudem das Auffinden der einzelnen Streitfragen.

Wenn Verf. auch in vielen Fragen auf die Motive und Entstehungsgeschichte des Reichsstrafgesetzbuches bei Auslegung seiner Bestimmungen eingegangen ist, so vermissen wir dieses Eingehen bei anderen Fragen, welche u. E. dadurch eine andere Lösung erfahren haben würden. Der Ansicht des Verf. z. B., der Gesetzgeber habe mit guten Gründen im § 284 RStrGB. die Fassung gewählt: „Wer aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht", um damit nicht nur den Spieler, sondern selbst den Wirt, welcher das Delikt des § 285 RStGB. gewerbsmäßig hegeht, zu treffen, können wir nicht beitreten. Die Motive des I. und II. Entwurfs reden nur von der auf das „gewerbsmäßige Glücksspiel" angedrohten Strafe. Die Fassung des Gesetzes ist dem preußischen Strafgesetzbuche (§ 266) entnommen worden („wer vom Hazardspiel ein Gewerbe macht"), in dessen Entwürfen auch nur von dem gewerbsmäßigen Spiel die Rede ist, so daß der Ansicht des Reichsgerichts (Band 12 S. 391), welches die Ausdrucksweise des Gesetzes mit der Wendung: „Wer das Glücksspiel gewerhsmäßig hetreibt", für inhaltlich übereinstimmend erklärt, wohl eher zugestimmt werden muß.

Von größerem Interesse ist natürlich die Stellungnahme des Verf. zu der Frage der Gültigkeit der landesgesetzlichen Lotteriespielverbote gegenüber dem Reichsrecht, die er in Auslegung des Reichsstrafgesetzbuches und des Art. 33 der Reichsverfassung verneint, gegenüber dem BGB. aber bejaht.

Er führt aus, für die Annahme, daß das StrGB. die Materie des Glücksspiels erschöpfend geregelt habe, biete dasselbe mit seinen überaus geringfügigen einschlägigen Bestimmungen nicht den geringsten Anhalt. Es müsse vielmehr hinsichtlich jeder einzelnen Bestimmung des Landesgesetzes geprüft werden, ob sie im RStrGB. als Materie geregelt sei. Das Ergebnis dieser Prüfung ist: Das Kollekturverbot verstößt gegen § 286 RStrGB., weil die Kollekturhandlung sich als Teilnahmehandlung im Sinne der §§ 47 ff. StrGB. zur Veranstaltung einer Lotterie darstellt. Die Bestrafung einer solchen Teilnahmehandlung ist aber deshalb der Landesgesetzgebung entzogen, weil § 286 RStrGB. die Materie der Lotterieveranstaltung geregelt hat. Indem das Strafgesetzbuch die ohne obrigkeitliche Erlaubnis erfolgende Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen mit Strafe bedrohte, hrachte es hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß nur diese strafbar, daß die mit obrigkeitlicher Erlaubnis vorgenommene Veranstaltung straflos sein sollte. Ist hiernach aber die Veranstaltung, die Täterschaft, eine nicht strafbare Handlung, so ist auch die Teilnahme unbedingt straflos. Ist der Einzelstaat nicht in der Lage, denjenigen mit Strafe zu bedrohen, der in einem andern Bundesstaat mit obrigkeitlicher Erlaubnis eine Lotterie veranstaltet, so kann er auch nicht die Teilnahme an solchen straflosen Veranstaltungen pönalisieren. (Seite 491.) Das Spielverbot ist den §§ 284 und 286 RStrGB. zuwider, weil angenommen werden muß, daß das RStrGB., indem es nur den gewerbsmäßigen Spieler mit Strafe bedroht, den nicht gewerbsmäßigen Spieler habe straflos lassen wollen, und weil, wenn der Reichsgesetzgeber die Veranstaltung und die Teilnahme an der Veranstaltung einer Lotterie straflos lassen wollte, die Bestrafung des Spielers sicher nicht von ihm gewollt sei. Das RStrGB. habe zweifellos nur die Materie der Veranstaltung von Inlandslotterien regeln wollen; denn zur Regelung der Veranstaltung von Auslandslotterien habe es dem Reichsgesetzgeber an jedem Interesse gefehlt. Bei dieser Auffassung erscheine auch der Vorbehalt in den Motiven („Die Vorschriften über das Spielen in ausländischen Lotterien und das Kollektieren für dieselben werden durch § 281 nicht berührt") in einem anderen Lichte und erklärlich. Denn regelt § 286 RStrGB. nur die Materie der Veranstaltung reichsinländischer Lotterien, so werden landesgesetzliche Vorschriften über das Kollektieren für reichsausländische Lotterien und das Spielen in denselben nicht berührt. Es sind ferner ungültig nach der Ansicht des Verf. die Bestimmungen des § 2 Abs. 3 des preußischen Ges., weil sie der in §§ 73 f. RStrGB. behandelten Materie, § 6, weil sie dem Reichspreßgesetz zuwiderlaufen.

Man sieht, im Ergebnis ist auch vom Standpunkt des Verf. aus die Materie des Glücksspiels im Reichsstrafgesetzbuche erschöpfend geregelt. Denn alle w e s e n t l i c h e n Bestimmungen der Landesgesetze sind auch bei Prüfung von Fall zu Fall als Materie aufgefaßt, so daß für die Landesgesetzgebung nichts mehr übrig bleibt.

Die Einwirkung des BGB. verneint der Verf. Er ist der Ansicht, daß die Lotterieverträge, weil das Landesstrafgesetz das Rechtsgeschäft als solches, also

diese Verträge überhaupt, verbietet, mit Rücksicht auf § 134 BGB. nichtig sind. (Verf. hätte hinzufügen müssen: „angenommen, daß die Landesgesetze nicht gegen das Reichsstrafgesetz verstoßen, also insoweit wirksam sind." Denn verstoßen sie gegen dieses, so sind sie unwirksam, und es liegt alsdann kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. vor.) § 763 BGB. sei hierbei ohne Einfluß, weil durch diese Vorschrift nicht bestimmt sei, daß staatlich genehmigte Lotterien unter allen Umständen verbindlich seien. Wie ein Kaufvertrag nichtig sei, wenn er z. B. von einem Geisteskranken geschlossen, so auch unter gleicher Voraussetzung ein Lotterievertrag, und warum sollte es anders sein, so fragt Verf., wenn ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt? (Seite 512.)

Diese Schlußfolgerung halten wir nicht für zutreffend. Richtig ist, daß der Lotterievertrag, wie jeder andere Vertrag, den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzbuches über Verträge untersteht. Wenn aber § 763 im Anschluß an § 762 den Lotterievertrag für verbindlich erklärt, falls die Lotterie staatlich genehmigt ist, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß das Vorhandensein der staatlichen Genehmigung privatrechtlich die gleiche Wirkung hat für das Gebiet des Reichs, wie die obrigkeitliche Erlaubnis des § 286 RStrGB. in strafrechtlicher Hinsicht, d. h. die staatliche Genehmigung macht den Lotterievertrag für den ganzen Umfang des Reichs privatrechtlich erlaubt und wirksam, wie die obrigkeitliche Erlaubnis die Veranstaltung der öffentlichen Lotterie erlaubt und straflos macht. U. E. muß dies auch aus den vom Verf. angezogenen Stellen der Motive zum BGB. (Band II S. 643) gefolgert werden. (An anderer Stelle, S. 112, hat Verf. auch diese Folgerung gezogen und sich damit in Widerspruch mit seinen Ausführungen S. 514 gesetzt.) Denn sie betonen im Anschlusse an § 286 RStrGB., daß aus Lotterieverträgen infolge der staatlichen Genehmigung ein vollkommenes Schuldverhältnis entsteht und fahren fort: „Wollte man davon ausgehen, daß die staatliche Genehmigung nur die Verbotswidrigkeit und Strafbarkeit beseitige, ohne die Gültigkeit der einzelnen Verträge zu berühren, so müßte dies insbesondere in Ansehung der Staatslotterien erheblichen Anstoß erwecken." Ein solcher Anstoß würde aber hervorgerufen, wenn die Ansicht des Verf. richtig wäre. Wie ist aber dann die gegenteilige Ansicht mit Art. 2 der Reichsverfassung zu vereinigen? Das Reichsgesetz erklärt einen Vertrag über eine staatlich genehmigte Lotterie für verbindlich, das Landesgesetz hebt diese Verbindlichkeit wieder auf. Wenn das der Wille des Reichsgesetzgebers gewesen wäre, so ist nicht einzusehen, weshalb er gerade im Anschlusse an § 286 RStrGB. und gegenüber den bestehenden landesgesetzlichen Lotteriespielverboten eine solche positive Bestimmung sanktioniert hat. Man greife nur zurück auf die Konsequenzen, die aus der Ansicht des Verf. gezogen werden müssen, und die er auch zieht. Verstößt ein Lotterievertrag, der eine staatlich genehmigte Lotterie betrifft, gegen ein Landesgesetz, so ist er nichtig, und das Los unterliegt auch nach § 40 StrGB. der Einziehung. (Siehe S. 358 f.) Damit ist die staatliche Autorität des genehmigenden Staates, welcher der Reichsgesetzgeber Achtung verschaffen wollte, wieder beseitigt.

Wenn übrigens Verf. S. 497 erwähnt, daß auch die Zivilsenate des Reichsgerichts für den Fortbestand der Strafandrohungsbefugnis der Landesgesetze sich ausgesprochen haben, so dürfte das aus der Entscheidung Band 48 S. 178 doch nicht gefolgert werden können. Das Reichsgericht entscheidet grundsätzlich eine Rechtsfrage nicht über den zur Aburteilung stehenden Fall hinaus. In dem angezogenen Urteile betraf der zu entscheidende Fall aber nur die privatrechtliche Wirksamkeit, nicht auch die strafrechtliche Gültigkeit der Landesgesetze.

Wie man aber auch über die Einwirkung des BGB. auf die Wirksamkeit der landesgesetzlichen Spielverbote urteilen mag, zu der Ansicht, daß dieselben in Auslegung des Reichsstrafgesetzbuches und des Art. 33 der Reichsverfassung ihre Gültigkeit verloren haben, hat der Verf. einen wesentlichen, nicht unbeachtet zu lassenden Beitrag geliefert. Ob aber das Reichsgericht trotz aller Gegengründe, welche es bisher nicht widerlegt hat, von seiner „ständigen Rechtsprechung" abgehen wird? . . . T h e i s e n, Landgerichtsrat.

Dr. Léon Sérèxhe. D i e V e r l e t z u n g f r e m d e r G e h e i m n i s s e. Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Heft VII. Karlsruhe. G. Braunsche Hofbuchdruckerei.

Die vorliegende Abhandlung behandelt die Materie in erschöpfender Weise.

Digitized by Google

Nachdem im ersten Kapitel eine eingehende rechtsgeschichtliche Entwicklung gegeben wurde, werden im zweiten Kapitel sämtliche Fälle strafbarer Geheimnisverletzung aus der deutschen Reichsgesetzgebung zusammengestellt und systematisch verarbeitet. Das dritte Kapitel ist der dogmatischen Erläuterung der beiden einschlägigen Normen unseres Strafgesetzbuches, der Verletzung des Brief- und Berufsgeheimnisses gewidmet. Das letztere interessiert praktisch am meisten. Verfasser nimmt zu allen wichtigen Streitfragen selbständig Stellung, wobei hervorzuheben ist, daß er gegen die herrschende Meinung die Möglichkeit einer fahrlässigen Verletzung des Berufsgeheimnisses bejaht und sie bestraft wissen will.

Wenn Verfasser dem als Zeugen vernommenen Arzt und Anwalt die Befugnis zur Geheimnisoffenbarung deshalb zugestehen will, weil die C. P. O. sie zur Zeugnisverweigerung nur für berechtigt, nicht für verpflichtet erklärt, so ist dem zweierlei entgegenzuhalten:

1. Ein Zivilprozeßgesetz kann seiner Natur nach zwar Pflichten des Zeugen gegen den Staat, nicht aber solche gegen einzelne bestimmen.

2. Daß die C. P. O. aber eine Pflicht des Zeugen zur Geheimhaltung nicht leugnet, ergibt sich aus § 385 Abs. 3 C. P. O. welche den Fall erwähnt, daß ein Zeuge von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden wird.

Dr. Kullmann, Karlsruhe.

Dr. jur. Kurt Tillmanns. Das Eröffnen fremder Briefe nach heutigem Strafrecht. Beiträge zur Verletzung des Briefgeheimnisses. Berlin 1905. Verlag von Struppe & Winckler. 75 S. *2 M.*

Dr. Eugen Gerhard. Der strafrechtliche Schutz des Briefes, dogmatisch und rechtsvergleichend dargestellt. (Heft IV der Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Waldemar von Rohland, Heinrich Rosin, Richard Schmidt.) Karlsruhe i. B. Verlag der G. Braunschen Hofbuchdruckerei 1905. *62 S.*

Beide Arbeiten liefern fleißige Beiträge zur Dogmatik des geltenden Rechts, wobei die Arbeit von Tillmanns noch mehr als die von Gerhard ins Detail geht. Tillmanns beschäftigt sich zunächst ausführlich mit der Auslegung des § 299 StrGB., insbesondere mit der Aufklärung der Frage, in welchem Verhältnis die Begriffe „Brief" und „Urkunde" zueinander stehen, und was man unter einem „verschlossenen Brief" im Sinne des § 299 StrGB. zu verstehen hat. Er kommt hierbei zu dem Resultat, daß Urkunden im § 299 in anbetracht des Umstandes, daß hier nur „geschlossene" Urkunden geschützt werden sollen, Schriftstücke jeglicher Art, wenn nur verschlossen, sind und daß der Begriff des „Briefes" dem der Urkunde im § 299 gegenüber der engere ist, insofern als hier die Beziehung zu einem Adressaten zum Urkundenbegriff hinzutreten muß. Neben dem § 299 StrGB. behandelt Tillmanns dann die Verletzung des Briefgeheimnisses im engeren Sinne der §§ 354, 355 StrGB. in großer Ausführlichkeit und schließlich die Fälle, in denen das Eröffnen fremder Briefe gestattet ist. Neben den Fällen, in denen das Gesetz die Eröffnung fremder Briefe gestattet, streift Tillmanns auch die Fälle, in denen das Öffnen „kraft vermuteter Vollmacht", treffender ausgedrückt kraft eines — meist familienrechtlichen — Gewaltverhältnisses geschieht, insbesondere das Recht der Eltern und des Ehemanns zur Brieföffnung und gewährt dieses Recht den Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern, dagegen grundsätzlich nicht dem Ehemann gegenüber der Ehefrau."

Die kürzere Arbeit von Gerhard geht nicht so wie die von Tillmanns auf die Besprechung von Einzelheiten ein, wenngleich auch sie alle Fragen berührt und auch noch die Frage streift, welche gemeinen Delikte am Brief begangen werden können; es kommt hierbei hauptsächlich Diebstahl, Unterschlagung und Sachbeschädigung in Frage. Dafür ist aber die Arbeit von Gerhard auf breiterer Grundlage aufgebaut und trägt am Schluß ausführlicher als bei Tillmanns die einschlägigen Bestimmungen der ausländischen Rechte zusammen. Aufgenommen sind die Bestimmungen des französischen, italienischen, englischen, österreichischen und dänischen Rechts. Schließlich geht Gerhard auch auf eine Reform des geltenden Rechts ein und fordert eine Ergänzung der gegenwärtigen Gesetzgebung in der Richtung, daß auch das unbefugte Unterdrücken eines Briefes, wenn es nicht von einem Postbeamten begangen ist, auf Antrag bestraft werden muß, und hält nach dem Vorgang von Kohler auch eine Strafbestimmung gegen das unbefugte Veröffentlichen von Briefen für wünschenswert, ebenso wie nach dem Vorgang

Digitized by Google

einiger deutscher Partikulargesetzbücher sowie des italienischen Rechts eine Strafbestimmung gegen das Wegnehmen offener Briefe zum Zwecke der Kenntnisnahme. Dr. jur. Leonhard Holz.

Weiß, Theodor, Dr. jur. Die Prostitutionsfrage in der Schweiz und das schweizerische Strafgesetzbuch. Materialien, Betrachtungen und Vorschläge. Bern 1906. Verlag von Stämpfli & Cie. 236 S. Pr. 4,20 Mk.

Die internationale Bedeutung der so schwierigen Prostitutionsfrage erregt jederzeit unser erhöhtes Interesse, so daß die Arbeit des Verfassers sicher einen wertvollen Beitrag zur Strafrechtsreform überhaupt darstellt. Der größere Teil des Buches enthält Ausführungen über die Entwickelung der Prostitutionsfrage namentlich in den Städten Genf und Zürich, denen die Originalanträge nebst Begründung und Kritik (zum Teil in französischer Sprache) zugrunde gelegt sind. Da findet man sehr lehrreiche Äußerungen über das Pro et Contra der Prostitution und ihrer notwendigen Begleiterscheinungen, wie Kuppelei, Zuhälterei, Mädchenhandel, polizeiliche Reglementierung, Bordelle, Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. Erhöht wird das Interesse des Lesers durch die den schweizerischen Kantonen eigene Volksabstimmung über Initiativanträge und den damit verbundenen äußerst lebhaften Meinungsaustausch in der Öffentlichkeit, insbesondere durch Presse und Vorträge. Daneben begegnen wir aber auch Auslassungen maßgebender Autoritäten des In- und Auslandes.

Dem Buch ist eine vergleichende Tabelle über die Vorentwürfe zum eidgenössischen Strafgesetzbuch beigegeben; am meisten wird der Art. 76 des Vorentwurfes von 1903 interessieren, der die Gefährdung der Gesundheit durch Geschlechtskranke als delictum sui generis statuiert, ähnlich wie das neue dänische Gesetz, ein Standpunkt, der auch in Deutschland vielfach vertreten wird. — Jeder, der in der Prostitutionsfrage mitreden will, sollte das Buch lesen.

Kriminalkommissar Dr. iur. Hans Schneickert, Berlin.

Chr. Finger. Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 nebst den Ausführungsbestimmungen und dem internationalen Warenbezeichnungsrecht. 2. vollständig umgearbeitete Auflage. Berlin 1906. Verlag von Franz Vahlen. Preis geh. 15 Mk.

Dr. Arnold Seligsohn. Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. 2. Auflage, bearbeitet in Gemeinschaft mit Martin Seligsohn. Berlin 1905. J. Guttentag. Preis geh. 7 Mk.

Beide jetzt in zweiter Auflage erschienenen Werke ergänzen sich gegenseitig und sind für die Praxis gleich unentbehrlich. Der Unterschied des Wesens beider Bücher tritt schon in der äußern Form derselben zutage. Während Seligsohns Buch 349 Seiten umfaßt, besteht Fingers Werk bei größerem Format und engerem Druck aus 606 Seiten. Seligsohn versteht es in geradezu klassischer Weise gleichzeitig Kommentar und systematische Darstellung zu geben. Ohne deshalb auf eine wichtige Frage die Antwort schuldig zu bleiben, mußte er sich zu diesem Zwecke weise beschränken. So konnte er als Meister des Stils gleichzeitig eine wahrhaft genußreiche Lektüre bieten und durch geschickte Betonung des Grundsätzlichen den Leser zu selbständiger Entscheidung befähigen, auch da, wo Präjudizien noch nicht vorhanden sind.

Das Fingersche Buch will demgegenüber nicht im Zusammenhang gelesen werden, leistet aber dafür an erschöpfender Behandlung der Einzelheiten, insbesondere der Wiedergabe der Präjudizien, das Menschenmögliche und hat daher in erster Linie den Charakter eines unentbehrlichen Nachschlagewerks. Es muß übrigens betont werden, daß, wenn zwar der Titel bei Seligsohn nichts davon sagt, auch er in den Anlagen über die Ausführungsbestimmungen und das internationale Warenbezeichnungsrecht vollständig orientiert.

Dr. Kullmann, Karlsruhe.

Digitized by Google

Dr. Gustav Aubin. Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österreichischen Rechte. Karlsruhe. G. Braunsche Hofbuchdruckerei 1906. 104 S. 1,80 M.

Die Studie des Verf. ist auf eine eingehende Untersuchung der Entwicklung der einschlägigen Rechtsätze der beiden Staaten gerichtet, indem Verf. unter II Abschnitten einmal die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit der Richter, sodann die Rechtsstellung des Richters bei Zusammensetzung der Kollegien behandelt. In einem III. Abschnitt werden auch die Gehalts- und Rangverhältnisse verglichen, obwohl ja an sich diese Fragen zum Thema der Studie nicht gehören. In einer Schlußbetrachtung stellt Verf. die wichtigsten Unterschiede in der Stellung der deutschen und österreichischen Richter zusammen. Vorausgeschickt wird außer einer Einleitung eine rechtsgeschichtliche Betrachtung, aus der sich ergibt, daß die deutschen Staaten, insbesondere Preußen, in der Beschaffung von Garantien für die Unabhängigkeit ihrer Richter den österreichischen Kronländern vorausgeeilt waren. In Abschn. I wird neben den Disziplinarnormen auch die heikle Frage des Hülfsrichterwesens, sowie die noch wichtigere und schwierigere Frage der Konduitenlisten und der Qualifikationstabellen erörtert. Wir erfahren hier, daß, während im Deutschen Recht wenigstens eine Annäherung an das Kollegialprinzip durch die Formation der Präsidien geschaffen ist, in Österreich in Betreff der inneren Organisation der Gerichte noch heute die Justizverwaltung die ausschlaggebende Macht ist, die in der Hauptsache durch die Präsidenten der Gerichtshöfe und die Vorsteher der Bezirksgerichte ausgeübt wird, daß der Präsident allein die für das Avancement so wichtigen Qualifikationslisten führt und daß und wie endlich das österreichische System der Rang- und Gehaltsstufen den Richter in starke Abhängigkeit von der Verwaltung bringt.

Die Arbeit ist dankenswert wie alle Arbeiten, die der vergleichenden Rechtswissenschaft dienen; nur empfiehlt es sich bei den Ergebnissen der Vergleichung zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen der Klausel „Ceteris paribus" vorhanden sein müssen. Schon in Deutschland sind einige der einschlägigen Normen so verschieden, daß es wohl angezeigt sein möchte, auch hier auf eine Rechtseinheit zu sinnen; so z. B. dürfte in Beziehung auf die ökonomischen Lebensbedingungen zwischen der Stadt Altona und dem Staat Hamburg eine Parität vorhanden sein, und doch ist die äußere Stellung der Richter eine verschiedene.

Amtsgerichtsrat Schneider, Brandenburg.

Kade: Die Ehrengerichtsbarkeit der Ärzte in Preußen. Eine Bearbeitung des Ehrengerichtsgesetzes und der veröffentlichten Entscheidungen des ärztlichen Ehrengerichtshofs. Berlin. Hirschwald 1906. S. 133.

Das vorl. Werk ist ein Niederschlag der reichen Erfahrungen und Kenntnisse, die Verf. als richterliches Mitglied des ärztlichen Ehrengerichts für die Provinz Brandenburg und den Stadtkreis Berlin seit Jahren zu sammeln Gelegenheit gehabt hat. Verf. bringt uns zunächst eine kurze, übersichtliche Darstellung der Rechtsgrundlagen des ärztlichen Standes in Preußen und dann eine ausführliche Besprechung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens auf Grund des Preußischen Gesetzes betreffend die ärztlichen Ehrengerichte vom 25. 11. 1899. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei all den Fragen zugewandt, welche nach dem Wortlaut des Gesetzes strittig sein können und deren richtige und einheitliche Auslegung durch die Erfahrungen der ersten Jahre seit Anwendung des Gesetzes gefördert ist. Alle Ärzte und Juristen, die als Mitglieder der Ehrengerichte tätig sind oder irgendwie mit diesen Gerichten zu tun haben, werden dem Verf für diese erste, auf Erfahrung ruhende Kommentierung des Gesetzes Dank wissen.

Mehr noch aber hat sich Verf. den Dank des ganzen ärztlichen Standes dadurch verdient, daß er im letzten Hauptteil, der von den strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes handelt, einen übersichtlichen Auszug aus den Entscheidungen des Ehrengerichtshofes, also der letzten entscheidenden Instanz, bringt. Denn in diesen Entscheidungen findet der Arzt die von großen allgemeinen Gesichtspunkten ausgehende Stellungnahme zu vielen schwierigen Fragen der ärztlichen Ethik und des ärztlichen Handelns, unter denen das richtige Verhalten des Arztes gegenüber seinen Kollegen bei der Begründung und Ausübung der Praxis, die Frage der auswärtigen Sprechstunden, der mehrfachen Niederlassung, der Geltendmachung von Honoraransprüchen, der Stellungnahme gegenüber Kurpfuschern und der standeswidrigen geschäftlichen Maßnahmen und

Verbindungen obenan stehen. Ein recht sorgfältiges Studium dieses letzten Teiles mit seiner meisterhaften Anordnung und Auswahl kann allen Ärzten auf das ernsteste empfohlen werden und wird viel dazu beitragen, den eigentlichen Zweck des Gesetzes zu erfüllen, das ist die Hebung des Ehr- und Standesgefühls der Ärztewelt. Dr. Stier, Berlin.

Besprechungen von Josef Kohler.

1. Strafrecht.

Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch kommt nun zur achten Auflage. Eine Empfehlung dieses Werkes, in dem auch jetzt wieder mit großer Sorgfalt das Neue nachgetragen ist, bedarf es nicht.

Dasselbe gilt von dem Frankschen Kommentar, der soeben in der 5.—7. Auflage erschienen ist.

Die große Zerfahrenheit und Verwaschenheit der ersten Grundsätze des Strafrechts, welche durch die Merkelschen Plattheiten eingetreten ist, wirkt leider noch bis in die neuere Zeit weiter und sogar in unseren besten Köpfen. So muß ich insbesondere die Vorträge von Frank über „Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe" und „Die Lehre Lombrosos" (Tübingen 1908), als verfehlt und wenig förderlich betrachten. Wenn er als Gerechtigkeit bezeichnet die Übereinstimmung von Verdienst und Schicksal, so muß entgegengehalten werden, daß die Gerechtigkeit im Sinne des Strafrechts mit dem Verdienst gar nichts zu tun hat, sondern daß sie lediglich darauf beruht, daß einer freien Willensbetätigung gegenüber, welche die Grundlagen der Gesellschaftsordnung angegriffen hat, eine Vergeltung förderlich und in gewissem Sinne erforderlich ist — als die Reaktion der Allgemeinheit gegen die Einzelpersönlichkeit. Wenn andererseits behauptet wird, daß nicht die Vergeltung der Zweck sei, sondern die Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung, so ist dies ein Irrschluß. Man übt die Gerechtigkeit nicht, um die soziale Ordnung als eine zweite höhere Macht zu erhalten und zu fördern, sondern die gesellschaftliche Ordnung liegt eben unter anderem in der Übung der Gerechtigkeit, und diese ist ein wesentlicher Teil dieser Ordnung selber. Im übrigen steht die Behauptung, daß man überhaupt nicht die Tat, sondern die ethische Minderwertigkeit des Täters zu strafen habe, so sehr im Widerspruch mit der ganzen Anlage der Menschheitsordnung, daß man sich damit durchaus nicht ernstlich abgeben sollte. Die Annahme, daß ein Verbrechen nur ein Symptom sei, und daß somit, auch wenn aus anderen Symptomen die ethische Erniedrigung der Person hervorgeht, gegen sie strafend eingeschritten werden könne, bedarf keiner ernstlichen Erwägung; ebenso wie die Theorien von Lombroso und Tarde in ihrer ganzen Oberflächlichkeit und naturgeschichtlichen wie sozialgeschichtlichen Bodenlosigkeit so sehr zu Tage liegen, daß man sich damit nicht mehr ernstlich befassen sollte. Hier tut der Verfasser etwas überflüssiges.

Tesar. Die Symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Berlin 1907.

Der Gedanke, daß nicht das Verbrechen, sondern der Verbrecher bestraft wird, hat dann einen richtigen Sinn, wenn man als den Verbrecher die Persönlichkeit, die mit dem Brandmal einer begangenen verbrecherischen Tat gezeichnet ist, in Betracht zieht. So wird die Sache aber nach der Lehre der anthropologischen Schule nicht aufgefaßt, sondern der Mensch gilt als strafbar, weil er einen minderwertigen Charakter an sich trägt und minderwertige Triebe enthält; sodaß also das Verbrechen nicht eine Wesenheit für sich bildet, daß es lediglich ein Symptom für die in dem Menschen lebenden Verbrechenskeime darstellt. Hiernach müßte, wenn die verbrecherische Beanlagung einer Person nachgewiesen ist, die Strafe ebenso eintreten, wie wenn das Verbrechen begangen worden wäre. Dieser Einwurf wird von dem Verfasser nur in sehr schlaffer Weise behandelt und durchaus nicht widerlegt; denn weder die Schwierigkeit des Beweises, noch das Freiheitsinteresse kann als genügender Grund betrachtet werden, um gegen Individuen nicht vorzugehen, deren minderwertige Beeigenschaftung oft ganz sicher zu Tage tritt. Daß diesen gegenüber Zwangserziehung oder Sicherungsmaßregeln nottun, ist ganz gerechtfertigt; Strafe aber nimmermehr. — Von Wert sind nur die geschichtlichen Ausführungen über die Anschauungen der

verschiedenen Rechtsphilosophen und Kriminalisten, welche bald mehr die innere, bald mehr die äußere Seite der Tat als maßgebend erklärt haben. Hiervon sind Hugo Grotius, Pufendorff, Filangieri, Feuerbach im ganzen richtig behandelt, dagegen ist Hegel vollständig mißverstanden. Wenn der Verfasser glaubt, die Hegelsche Lehre vom Unrecht müßte bei folgerichtiger Durchführung zu einem Siege des Prinzips der Symptomatik führen, so ist dies völlig unrichtig. Bei Hegel kommt der Verbrecher nur als Wirkender in Betracht; und nicht deswegen, weil er bedenkliche Vereigenschaftungen hat, sondern weil er sich auflehnt gegen das allgemeine Gesetz, trifft ihn die Reaktion des Staates. Was aber die frühere Literatur betrifft, so fehlen die Scholastiker, z. B. Alexander von Hales, welche gerade für die Lehre von der Tat, als dem Positiven im Verbrechen, die Grundlage gelegt hat.

Joh. Bresler. Die Willensfreiheit. Halle 1908.
Auch hier wird wiederum von ärztlicher Seite, ohne jede philosophische Vertiefung, gegen die Willensfreiheit geschrieben, indem auch ein Theologe und ein Jurist als Eideshelfer angeführt werden. Was beigebracht wird, ist völlig verfehlt. Die ständige Behauptung, daß es vom Standpunkt des Determinismus eine die Strafe rechtfertigende Schuld geben könne, ist grundverkehrt: man kann vom Standpunkt des Determinismus annehmen, daß der eine Mensch eine vollkommene und der andere eine unvollkommene Maschine ist; daß man eine vollkommene Maschine mehr schätzt als eine unvollkommene, ist ja richtig, eine unvollkommene Maschine aber züchtigen und strafen — das wird etwa ein Kind tun, welches mit der Puppe spielt, nicht aber ein die Sachlage richtig beurteilender Mensch. Die Behauptung, daß das Freiheitsgefühl nichts beweise, weil auch Wahnsinnige ein solches hätten, ist längst widerlegt worden; denn ebenso wie der Wahnsinnige ein falsches Bild von der Außenwelt hat, so hat er auch ein falsches Bild seines Innern. Daraus zu schließen, daß auch der gesunde Mensch lauter Phantasmata hätte und ohne Berührung mit der Wirklichkeit wäre, ist so verkehrt, als möglich. Die Bedeutung des Freiheitsgefühls bleibt bestehen.

Karl Wilmanns, Über Gefängnispsychosen, (Halle 1908) zeigt unter anderem mit völliger Sicherheit, wie die naturwidrige Form der Einzelhaft die Seele zerrüttet und zu Wahnbildungen, schließlich zur Verblödung führt. Diejenigen, welche seinerzeit in der Einzelhaft das Heil suchten, sind eben schlechte Psychologen und, noch mehr, schlechte Psychiater gewesen.

Hugo Hoegel sucht in seiner Schrift „Teilreformen auf dem Gebiete des österreichischen Strafrechts", Hannover 1908, das österreichische Strafgesetzbuch im einzelnen zu verbessern; seine Versuche sind aber wenig ergiebig, umsoweniger, als der Verfasser bei seiner Ablehnung der Rehabilitierung und des bedingten Straferlasses nicht auf der Höhe des heutigen Rechtes steht. Anerkennenswert ist manches, z. B. die Stellungnahme gegenüber den Religionsvergehen mit Rücksicht auf Art. 13 ff. des österreichischen Staatsgrundgesetzes

---

Neumann, Das Blankostrafgesetz, (Breslau 1908). Auf dem Gebiete des Polizeirechts ist die Norm begründet und mit der Norm auch das Blankostrafgesetz, indem man auf der einen Seite Normen schafft, auf der anderen Seite bestimmt, welche Strafen eintreten sollen, wenn eine der verschiedenen Normen nicht beobachtet worden ist. Das führt zu einer Reihe von Schwierigkeiten, die vom Verfasser eingehend behandelt werden. Daß eine Vermischung reichsgesetzlicher Strafbestimmungen mit landesgesetzlichen Normen zum Übel wird, ist dem Verfasser gewiß zuzugeben. Die Schwierigkeiten, die bei der Fragestellung an die Geschworenen eintreten, wenn auf der einen Seite die Norm, auf der anderen Seite das Blankostrafgesetz zu einem Ganzen verschmolzen werden müssen, sind erheblich. Die Annahme, daß die Grundsätze über das zwischenstaatliche Strafrecht auf das Strafrecht der einzelnen Bundesstaaten, ja auf das noch mehr verörtlichte Strafrecht von Provinzen, Kreisen, Gemeinden, Anwendung finden, ist sicher richtig. (Fortsetzung folgt.)

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen Anhalt.

Digitized by Google

Der Vollzug der Untersuchungshaft.[1])

Von Staatsanwalt und Privatdozent Dr. Klee, Berlin.

Weit unmittelbarer als am Vollzuge der Strafhaft ist der Staatsbürger am Vollzuge der Untersuchungshaft interessiert. Ungleich mehr als dort hat er hier das Bewußtsein: „Tua res agitur". Ist doch niemand davor sicher, daß sich infolge der Verkettung unglücklicher Umstände das Netz schweren Verdachts einer Straftat um ihn zusammenzieht, daß er unschuldig in Untersuchungshaft gerät. Ohne Gefährdung der Energie der Strafverfolgung wird das Gesetz nicht über einen gewissen Grad hinaus die Voraussetzungen der Verhängung der Untersuchungshaft objektiv begrenzen können; es handelt sich hier um ein Operieren mit dem Wahrscheinlichkeitsfaktor, der sich der Fixierung mehr oder weniger entzieht. Was für den einen Richter nur „hinreichender" Verdacht, ist für den anderen ein „dringender"; mehr als anderswo im Recht spielt hier, wo von schnell entschlossenem Zugreifen alles abhängt, die Subjektivität ihre Rolle.

Dagegen hat der Staat in ausgiebigem Maße die Möglichkeit, den Vollzug der einmal verhängten Untersuchungshaft so zu gestalten, wie er ihrem Charakter als einer ihm nur aus Zweckmäßigkeitsgründen zugestandenen Maßregel entspricht, einer Maßregel, der das Recht des Einzelnen auf Freiheit ungeschmälert gegenübersteht. Wer diesem Problem gegenüber die Hände in den Schoß legt, — so sagt Bozi (Reform der Untersuchungshaft 1897) treffend —, der spricht über die Gesellschaft das Urteil ihrer Unfähigkeit, die Aufgaben der Strafrechtspflege mit der bürgerlichen Freiheit ihrer Glieder zu vereinigen. So haben denn die Gesetzgeber aller Zeiten die Notwendigkeit eines die individuellen Interessen möglichst schonenden Vollzuges der Untersuchungshaft erkannt und mannigfach betont. Wie die römischen Kaiser hierüber eingehende Bestimmungen treffen,[2]) so rügt die Carolina[3]) als „Mißbrauch", daß die Untersuchungsgefängnisse „nit zu der Verwarung, sonder mehr peinigung der gefangen und eingelegten zugericht" seien.

Das theoretisch erkannte Ziel wird im Rahmen des Inquisitionsprozesses ebenso wie in dem des Anklageprozesses verfolgt. Doch läßt sich nicht leugnen, daß praktisch dieses Ziel an der

---

[1]) Die Abhandlung gibt im wesentlichen einen Vortrag des Verfassers im diesjährigen, von der Preuß. Justizverwaltung veranstalteten Lehrkursus für Gefängniswesen wieder. Der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung lag erst bei der Korrektur vor.

[2]) Vergl. Cod. 9, 4 de custodia reorum.

[3]) Art. 218.

Natur des Inquisitionsprozesses mehr oder weniger scheitern muß, und daß nur das rein durchgeführte Anklageprinzip eine Gewähr für seine Erreichung bietet. Ein Prozeß, der wie der Inquisitionsprozeß im Angeklagten nicht ein Prozeßsubjekt, sondern das Objekt des Prozesses, das „medium eruendae veritatis" sieht, vermag die Untersuchungshaft nicht in derselben schonenden Weise zu gestalten, wie der im Angeklagten die dem Ankläger gleichberechtigte Partei anerkennende Anklageprozeß. Man denke nur an den späteren gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß, dessen Untersuchungshaft mit ihren auf die Erlangung des Geständnisses abzielenden torturae spirituales ein Surrogat für die gesetzlich abgeschaffte körperliche Folter wurde und somit zur antizipierten Strafhaft ausartete!

Unserer geltenden Strafprozeßordnung haften noch Spuren des alten Inquisitionsprinzips an. Es wird sich zeigen, inwieweit dies auch vom Vollzuge der Untersuchungshaft gilt.

Sedes materiae für den Vollzug der Untersuchungshaft im Deutschen Reiche ist § 116 StPO. Der aus fünf Absätzen bestehende Paragraph enthielt im Entwurf (§ 105) nur eine, dem jetzigen Abs. 2 entsprechende Vorschrift. Diese bildet auch im Gesetz den Angelpunkt der einschlägigen Vorschriften; sie lautete im Entwurf: „Dem Verhafteten dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, welche zur Sicherung des Zweckes der Haft oder zur Aufrechterhaltung der G e f ä n g n i s o r d n u n g notwendig sind."

Die Justizkommission des Reichstags hat den Ausdruck „Gefängnisordnung" ersetzt durch die Worte „O r d n u n g i m G e f ä n g n i s". So heißt es auch im Gesetz. So unbedeutend scheinbar diese Abweichung des Gesetzes vom Entwurf ist, von so prinzipieller Bedeutung ist sie in Wirklichkeit. Sie bringt zum Ausdruck, daß weitergehende Beschränkungen, als sie im Interesse der Sicherung des Haftzwecks oder der Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnis geboten sind, in die die Gefängnisse betreffenden landesrechtlichen Reglements (Gefängnisordnungen) nicht aufgenommen werden dürfen, und daß, soweit dies der Fall ist, d. h. soweit der Untersuchungsgefangene über diese Schranke hinaus denselben Normen wie der Strafgefangene unterworfen wird, die landesgesetzlichen Bestimmungen rechtlichen Bestand nicht haben. Auch die Vorschriften der Absätze 1, 3 bis 5 des § 116 StPO. sind als reichsrechtliche Normativbestimmungen für die Gefängnisordnungen zum Schutze des Untersuchungsgefangenen gedacht und berühren den Hauptgrundsatz des Abs. 2 nicht.[4]) Der Schwerpunkt dieser zur Vorschrift des späteren Abs. 2 hinzugetretenen Vorschriften liegt wiederum in der des Abs. 5, welche den Untersuchungsgefangenen hinsichtlich des Maßes der ihm im Rahmen des Grundsatzes des Abs. 2 aufzuerlegenden Beschränkungen der Entscheidung nicht des Gefängnisvorstehers, sondern d e s R i c h t e r s unterstellt, und zwar desjenigen Richters, dem in dem jeweiligen Stadium des Verfahrens die Entscheidung über die Haft selbst zusteht (§ 124 StPO.).[5]) Hiermit ist der Untersuchungsgefangene scharf von dem der Botmäßigkeit des Gefängnisvorstehers untergebenen Strafgefangenen abgehoben.

Verblaßt ist demgegenüber der wesentliche Unterschied zwischen dem Vollzuge der Untersuchungshaft und dem der Strafhaft in der Vor-

[4]) Vergl. Protok. S. 148 ff., 859, 19 ff.; v. Schwarze, Kommentar S. 251 f.

[5]) Vergl. Loewe, Kommentar not 4 zu § 116; GefO. f. d. Justizverw. in Preußen v. 21. Dez. 1898, § 95 Abs. 2; vgl. § 117 Abs. 5 des Entwurfs.

schrift des § 95 Abs. 1 der Gefängnisordnung für die Justizverwaltung in Preußen vom 21. Dezember 1898. Hier werden die sich in erster Linie auf den Vollzug der Strafhaft beziehende, auf den Grundsätzen des Bundesrats vom 6. November 1897 für den Vollzug gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen beruhende Gefängnisordnung und die für das einzelne Gefängnis bestehenden besonderen Bestimmungen (Hausordnungen) ganz allgemein auf den Untersuchungsgefangenen für anwendbar erklärt. Selbstverständlich — dies wird von der Gef.O. nicht ausdrücklich hervorgehoben —, soweit nicht in ihr selbst besondere Vorschriften über die Behandlung der Untersuchungsgefangenen enthalten sind; und ferner — dies sagt § 95 ausdrücklich —, soweit nicht vom Richter für den Untersuchungsgefangenen abweichende Anordnungen getroffen sind. Durch diese Anordnungen darf jedoch, wie es weiter heißt, nicht „die Ordnung oder die Sicherheit des Gefängnisses" beeinträchtigt werden. Wie also § 116 Abs. 2 StPO. neben der Sicherung des Haftzweckes die Ordnung im Gefängnisse als Grund und Grenze der dem Untersuchungsgefangenen aufzuerlegenden Beschränkungen hinstellt, setzt die Gefängnisordnung auch den dem Verhafteten vom Richter zugebilligten Freiheiten ein Halt in den Interessen des Gefängnisbetriebes entgegen. Zu untersuchen ist, wie sich auf dieser Grundlage der Vollzug der Untersuchungshaft in den Gefängnissen der Preußischen Justizverwaltung gestaltet, insbesondere ob und inwieweit auch für sie das Wort Föhrings in einer der Kritik des Hamburger Gefängniswesens gewidmeten älteren Schrift[6]) gilt: Daß, was dem Untersuchungsgefangenen in Berücksichtigung seiner Lage und seiner persönlichen Verhältnisse von der einen Hand gegeben sei, ihm im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Anstalt von der anderen Hand wieder genommen werde.

Nach § 91 Gef.O. soll der Untersuchungsgefangene mit steter Berücksichtigung des Umstandes gehandelt werden, daß seine Schuld noch nicht feststeht.[7]) Hiermit ist das Wesen der Untersuchungshaft treffend gekennzeichnet. Dementsprechend hat die Kommission für die Reform des Strafprozesses[8]) beschlossen, in das künftige Gesetz die einleitenden Worte der österreichischen StPO. (§ 183) aufzunehmen, daß die Untersuchungshaft mit möglichster Schonung der Ehre und der Person des Verhafteten zu vollziehen ist, da dem noch nicht überführten Verhafteten jede mit dem Zwecke der Haft verträgliche Schonung zu Teil werden müsse. Das Preußische Justizministerialreskript vom 13. Dezember 1902 — J.-Nr. I 9048 —, betreffend die Behandlung der Untersuchungsgefangenen legt daneben Gewicht auf möglichste Individualisierung: Es soll auf den Stand, die bisherige Lebensweise und den Bildungsgrad der Untersuchungsgefangenen einerseits, auf die Art der ihnen zur Last gelegten Straftat andererseits besondere Rücksicht genommen werden. In der Tat bietet der Vollzug

---

[6]) Die Reform und der heutige Stand des Gefängniswesens in Hamburg. 1883, S. 39.

[7]) § 97 der Bayrischen Dienst- und Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse vom 10. April 1883 und § 130 der Württemberg. Dienst- und Hausordnung für die Amtsgerichtsgefängnisse vom 4. März 1899 stellen entsprechend den Satz in den Vordergrund, daß dem Untersuchungsgefangenen die Freiheit nicht zur Strafe entzogen sei.

[8]) Protokolle I S. 113 f. Ebenso § 117 des Entwurfs.

der Untersuchungshaft für *individualisierende Behandlung* ausgiebigen Spielraum, unvergleichlich größeren als der Strafvollzug, der in erster Linie ein Übel sein soll und daher stets nur bis zu einem gewissen Grade sich der Einzelpersönlichkeit anpassen kann. Muß die Strafe, will sie der Ausdruck eines sozialen Werturteils sein, jeden Missetäter unter dasselbe Joch beugen, ist ihre Aufgabe, soweit es sich um qualifizierte Haft, Gefängnis und Zuchthaus handelt, die Beschränkung der Freiheit möglichst wirksam zu gestalten[9]), so ist es Sache der Untersuchungshaft, das in ihr liegende Übel der Freiheitsentziehung möglichst durch schonende, der Persönlichkeit des Inhaftierten angepaßte Behandlung auszugleichen. Auf eine solche Behandlung hat der Verhaftete um so mehr Anspruch, als gerade die Untersuchungshaft, sei sie auch von kurzer Dauer, durch das mit ihr verbundene Moment marternder Ungewißheit gemeinhin weit größere psychische Qualen als die Strafhaft verursacht, in welch letztere sich der Sträfling früher oder später als in ein Unabänderliches fügen lernt; ist doch prozentual die Zahl der Selbstmorde und Selbstmordversuche der Untersuchungsgefangenen höher als der Insassen der Strafgefängnisse. Und wahrlich, nicht der leichteste Vorwurf gegen unseren Vollzug der Untersuchungshaft ist die Klage, daß er, schablonenmäßig, keinen Unterschied mache zwischen alten Verbrechern und solchen Häftlingen, die, aus wohlgeordneten Verhältnissen gerissen, zum ersten Male mit den Mauern des Gefängnisses in Berührung kommen.[9a]) Hier Abhilfe zu schaffen, gibt bei gutem Willen der Vollzugsorgane das Ministerialreskript eine Handhabe. In einem Punkte scheint uns jedoch das Reskript fehlzugehen und sich mit dem von ihm selbst in den Vordergrund gestellten Satz, daß die Schuld des Untersuchungsgefangenen noch nicht feststeht, in Widerspruch zu setzen, nämlich, wenn es auch die Art der dem Verhafteten vorgeworfenen Straftat für die Behandlung maßgebend sein lassen will. Hierin läge eine unzulässige, dem Wesen der Untersuchungshaft fremde Antizipierung des strafgerichtlichen Urteils. Von dem praktischen Gesichtspunkt, daß der Gefängnisvorsteher, wenn er eine andere Person als der mit der Sache befaßte Staatsanwalt oder Richter ist, von dem näheren Charakter der den Gegenstand des Haftbefehls bildenden Straftat regelmäßig nichts weiß, ganz zu schweigen.

Der selbstverständliche, auch von der Gef.O. anerkannte Satz, daß dem lediglich im Interesse der Untersuchung der Freiheit beraubten Verhafteten mit schonender Rücksicht zu begegnen ist, gewinnt Fleisch und Blut erst, wenn es praktisch gelingt, den Vollzug der Untersuchungshaft wesentlich anders zu gestalten als den Strafvollzug. Wie auf dem Gebiete des Strafvollzugs selbst — man denke an die Mühe, die es kostet, die Zuchthausstrafe zu einem wesentlich härteren Übel als das Gefängnis zu machen! — so erhebt sich auch hier, und in noch intensiverer Weise, das Differenzierungsproblem. In richtiger Erkenntnis, daß eine Lösung dieses Problems nur dann möglich ist, *wenn Untersuchungs- und Strafgefangene voneinander getrennt gehalten werden,* bestimmt § 116 Abs. 1 StPO.: Der Verhaftete soll, *soweit mög-*

---

[9]) § 10 der Bayrischen Hausordnung frü die Strafanstalten vom 20. September 1907 sagt, dem Strafgefangenen sei die Freiheit zur Strafe entzogen, er müsse daher mit fühlbarer Strenge behandelt werden.

[9a]) Diese Klage ist neuerdings in dem Buch von Feuth, Humanität und Strafverfolgung im 20. Jahrhundert, 1908, erhoben. Sensationell und zum Teil wenig objektiv, hat es doch die Vorzüge der Wiedergabe eigener Erlebnisse.

lich, . . . nicht in demselben Raume mit Strafgefangenen verwahrt werden. Mit seiner Zustimmung soll jedoch von dieser Vorschrift abgesehen werden können. § 78 Abs. 2 GefO. schreibt für die Bewegung der Untersuchungsgefangenen im Freien vor, es solle dafür gesorgt werden, daß sie nicht mit anderen Gefangenen in Berührung kommen. In der Reichsjustizkommission war die obligatorische Trennung der Untersuchungs- und Strafgefangenen in jedem Falle beschlosen. Nur mit Rücksicht auf den damals bestehenden Mangel an Einzelzellen erhielt das Gesetz die angegebene Fassung. Mit der hierdurch gegebenen Zulassung gemeinschaftlicher Verwahrung steht das deutsche Recht allein da. Das französische Recht (art. 604 Code d'instr. crim.) schreibt sogar die Trennung der Untersuchungsgefängnisse von den Strafhäusern vor (Les maisons d'arrêt et de justice sont entièrement distinctes des prisons établies pour peines). Auch für die deutsche lex ferenda ist dies sehr beachtlich, soweit nicht schon jetzt besondere Untersuchungsgefängnisse bestehen. Es empfiehlt sich nach französischem Muster, den Unterschied auch durch die Beschränkung des Namens „Gefängnis" auf die Strafanstalten und die Benennung der zur Verwahrung der Untersuchungsgefangenen dienenden Anstalten mit einem anderen Namen äußerlich und eindringlich zur Erscheinung zu bringen. Denn nach Möglichkeit muß der in der Bevölkerung leider lebendigen Vorstellung der Nährboden entzogen werden, als sei jemand, der einmal in Untersuchung gewesen, mit einem Makel behaftet. Man unterschätze die Bedeutung des Umstandes, welchen Namen die fragliche Anstalt trägt, nicht![9b]) Der Name tut im Volksbewußtsein gar viel; wie anders klingt für das Ohr des Volkes der Name Zuchthaus als der Name Gefängnis! Weil verhütet werden müsse, daß der Verhaftete im Volksbewußtsein schon als Strafgefangener betrachtet werde, hat denn auch die Reformkommission[10]) unter Berufung auf einen bereits 1898 gefaßten Beschluß des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten sich für die wenigstens zu erstrebende obligatorische Trennung der Untersuchungs- und Strafgefangenen in der künftigen StPO. ausgesprochen. Außerdem hat sie als Grund zutreffend hervorgehoben, daß eine verschiedenartige Behandlung beider Kategorien bei gemeinsamer Unterbringung mit Unzuträglichkeiten verbunden und praktisch kaum durchführbar sei. Dieser Grund spricht aber auch laut für die Trennung der zur Verwahrung der Untersuchungs- und Strafgefangenen bestimmten Anstalten voneinander. Denn es ist in der Praxis bei Verwahrung beider Klassen von Gefangenen in derselben Anstalt, d. h. bei Mitverwahrung der Untersuchungsgefangenen in der Strafanstalt schwierig, ohne die den Strafgefangenen gegenüber zur Erreichung des Strafzweckes gebotene Handhabung einer energischen Disziplin zu be-

[9b]) Der Entwurf (§§ 115, 117) spricht nicht von „Gefängnis", sondern von „Anstalt".

[10]) Protokolle a. O. So grundsätzlich auch der Entwurf; er läßt Ausnahmen nur bei Zustimmung des Gefangenen, hinsichtlich der nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte Befindlichen und der aus § 361 Nr. 3 bis 8 StGB. Verhafteten zu, desgleichen, wenn der körperliche oder geistige Zustand des Gefangenen die Abweichung erfordert. Die Begründung, daß die Vorschriften über den Vollzug der Untersuchungshaft auch für die vorläufig festgenommenen Personen gelten sollen, die getrennte Unterbringung der großen Masse der Bettler, Landstreicher und Dirnen im Polizeigewahrsam aber weder durchführbar noch durch persönliche Rücksichten geboten sei, erscheint nicht unbedenklich.

Digitized by Google

einträchtigen, gegenüber einzelnen Insassen der Anstalt — den Untersuchungsgefangenen — Abweichungen eintreten zu lassen.[10a])

Die von § 116 StPO. auch nur „soweit möglich" vorgeschriebene Trennung der Untersuchungsgefangenen voneinander obligatorisch anzuordnen, besteht kein ausreichendes Bedürfnis. Es steht nichts im Wege, Personen, die gegenseitiger sittlicher Ansteckungsgefahr nicht ausgesetzt sind, zusammen unterzubringen, falls sie damit einverstanden sind; ja, falls nicht der Untersuchungszweck oder die Ordnung im Gefängnis hierdurch gefährdet wird, wird man den Untersuchungsgefangenen einen Anspruch auf Gemeinschaftshaft nicht versagen können.[11]) Nur bei Jugendlichen ist, wie de lege lata in der Praxis, auch de lege ferenda auf strenge Isolierung zu halten (so auch grundsätzlich der Entwurf § 368 Abs. 3). Im übrigen schreibt § 35 GefO. zweckentsprechend die Verwahrung Mitverdächtiger in möglichst voneinander getrennten Zellen vor. Auch für den Transport gilt die Vorschrift der Trennung. Nach den Allgem. Vorschriften über die Behandlung von Gefangenen und vorzuführenden Personen auf dem Transporte vom 4. Dezember 1902 (Just. MinBl. S. 291) sollen bei Sammeltransporten Untersuchungsgefangene in den auf den Transportwagen befindlichen Zellen mit Strafgefangenen nicht zusammengebracht und auch voneinander möglichst getrennt gehalten werden; ferner sollen die im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befindlichen Verhafteten regelmäßig nicht mit anderen Gefangenen zusammengefesselt werden, jedenfalls nicht mit solchen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind; im übrigen soll auch bei der Anordnung der Zusammenfesselung auf die Persönlichkeit, die Lebensstellung und die Straftat des Gefangenen Rücksicht genommen werden.

Ein wesentlicher Unterschied der Untersuchungshaft von der Strafhaft ist im Fehlen des Arbeitszwanges bei jener begründet. Untersuchungsgefangene können nach § 92 GefO. nicht zur Arbeit gezwungen werden. Dagegen kann ihnen die freiwillige Beteiligung bei den in dem Gefängnisse eingeführten Arbeiten mit Genehmigung des Richters von dem Gefängnisvorsteher gestattet werden. Der Gefängnisvorsteher braucht die Erlaubnis also, auch wenn der Richter sie erteilt hat, nicht zu gewähren, falls ihm die Arbeit mit der Ordnung im Gefängnisse nicht verträglich erscheint.[12]) Die Gewährung der Arbeit an den Untersuchungsgefangenen hat hiernach, soweit die im Gefängnis eingeführten Arbeiten in Frage kommen, den Charakter einer am letzten Ende vom Ermessen des Gefängnisvorstehers abhängigen Vergünstigung. Im übrigen darf sich der Untersuchungsgefangene — so bestimmt § 116 Abs. 3 StPO. — Beschäftigungen, die seinem Stande und Vermögensverhältnissen entsprechen, auf seine Kosten verschaffen. Schranke ist, abgesehen vom Zwecke der Haft, die Ordnung und Sicherheit im Gefängnisse. Über die Zulässigkeit dieser „Beschäftigungen" entscheidet mit dieser Maßgabe nicht der Gefängnisvorsteher — und dies ist der Unterschied von den „eingeführten" Arbeiten —, sondern der Richter. Ein Recht des Untersuchungsgefangenen auf

[10a]) Vergl. Kirsch, Jahresbericht der Rheinisch-Westf. Gef.-Ges., Jahrgang 1887/88, S. 93 f.

[11]) Frh. Marschall von Bieberstein auf dem Petersburger Gef.-Kongreß von 1895. Actes vol. III. pag. 599—654.

[12]) So auch Dalcke, Komment. zur Gef.-O. not. a zu § 92; Wulff, Die Gefängnisse der Justizverw. in Preußen, I, S. 438.

Arbeit ist aber auch in § 116 Abs. 3 StPO. nicht anerkannt; schon deshalb nicht, weil sich der Untersuchungsgefangene jene „Beschäftigungen" auf seine Kosten verschaffen muß.[12a]) Erwägt man, daß § 16 StGB. den zu Gefängnisstrafe Verurteilten einen Anspruch darauf verleiht, auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise beschäftigt zu werden, so stellt die Vorenthaltung des Rechts auf Arbeit den Untersuchungsgefangenen gegenüber, soweit eine solche im einzelnen Falle nicht im Interesse des Haftzwecks erforderlich ist, eine ungerechtfertigte Zurücksetzung dar. Bereits der Petersburger Gefängniskongreß 1895[13]) und in der Literatur vor allem Krohne[14]) haben sich daher für das Recht des Untersuchungsgefangenen auf Arbeit ausgesprochen. In der Praxis ist allerdings das Fehlen dieses Rechts nicht weiter fühlbar. Denn jeder Untersuchungsgefangene, der arbeiten will, ist willkommen; im Interesse der Anstaltsdisziplin pflegt sogar darauf hingewirkt zu werden[14a]), daß gearbeitet wird. Mit Anwendung. dieses „sanften Zwanges" darf aber nicht zu weit gegangen werden. Um der Auffassung vorzubeugen, als handele es sich um einen angenehmen Zeitvertreib oder gar eine Spielerei, wird regelmäßig auch dem Untersuchungsgefangenen ein bestimmtes Arbeitsmaß vorgeschrieben. Es ist hierbei aber auf der anderen Seite auch zu bedenken, daß die Arbeit für den Untersuchungsgefangenen kein drückendes Übel sein soll; hierbei verschlägt nichts, daß er sie ja freiwillig auf sich nimmt. Die hier und da geübte Praxis, das Arbeitspensum des Untersuchungsgefangenen ebenso stark anzusetzen als das des Strafgefangenen, erscheint mit dem Wesen der Untersuchungshaft nicht vereinbar. Dasselbe gilt von der des öfteren[15]) vertretenen Zulässigkeit der Disziplinierung des Untersuchungsgefangenen wegen Nichtleistung des Arbeitspensums. Diese Zulässigkeit kann nicht aus dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Unterwerfung unter die disziplinaren Säumnisfolgen abgeleitet werden. Dies hieße, den Arbeitszwang auf Umwegen wieder einführen. Als statthaft wird im Falle der schuldhaften Nichtleistung des Pensums nur zu erachten sein die nach § 92 GefO. vom Richter anzuordnende Entziehung der Erlaubnis, über das Guthaben am Arbeitsverdienste zu verfügen, bezw. Einziehung der gutgeschriebenen Beträge (§ 96 GefO.). Ein Recht auf Gutschrift sowie auf Auszahlung der gutgeschriebenen Beträge hat nämlich der Untersuchungsgefangene ebensowenig wie der Strafgefangene. Es kann ihm vielmehr nur für jedes an einem Tage vollendete volle Arbeitsmaß ein Viertel des Verdienstes, insgesamt jedoch nicht mehr als 30 Pfennig für den Arbeitstag, ausnahmsweise bis zu einem Drittel des Verdienstes, als Arbeitsbelohnung gutgeschrieben werden. Vom Standpunkt der Sonderstellung des Untersuchungsgefangenen wäre es angezeigt, ihn bei der Entlohnung seiner Arbeit tunlichst günstiger zu stellen als den Strafgefangenen. Aber nicht nur auf dem Wege der Disziplinierung des Untersuchungsgefangenen im

---

[12a]) Der Entwurf, § 117 Abs. 3 erwähnt bei der Beschäftigung „nach eigener Wahl" denKostenpunkt nicht.

[13]) Actes vol. III a. O.

[14]) Lehrbuch der Gefängniskunde, 1889, Abschnitt XI.

[14a]) Die Württembergische Dienst- und Hausordnung (§ 74) schreibt sogar vor, daß die freiwillige Arbeit nach Tunlichkeit zu fördern sei.

[15]) U. a. von Stellmacher, Bl. f. Gefängniskunde, Bd. 23, S. 314 f.; Wulff a. a. O. S. 439 f., Dalcke a. a. O. not. b.

Falle der Nichtleistung des ihm vorgeschriebenen Arbeitsmaßes schleicht sich ein unzulässiger Arbeitszwang ein; er wird indirekt auch durch eine andere Maßregel, die hier und da in der Praxis angewandt wird, bedingt: der Untersuchungsgefangene, der in der Gemeinschaftshaft mit anderen Untersuchungsgefangenen die ihm zugewiesene Arbeit nicht verrichtet, wird wieder in Einzelhaft getan. Der Untersuchungsgefangene hat zwar keinen Anspruch auf gemeinschaftliche Verwahrung, wenn dadurch die Ordnung im Gefängnisse gefährdet wird oder soweit die Sicherung des Untersuchungszweckes entgegensteht. Die Gemeinschaftshaft darüber hinaus von der Einhaltung der Bedingung des Arbeitens abhängig zu machen, geht aber nicht an. Auch hierin liegt ungerechtfertigte Ausübung eines Druckes auf den Gefangenen, zu arbeiten.

Den Arbeitszwang sans phrase allgemein für die Untersuchungshaft einzuführen, wird, soweit wir sehen, von keiner Seite befürwortet.[15a]) Dagegen wird der Arbeitszwang gegenüber denjenigen, welche aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfangen, de lege ferenda aus armenrechtlichen Gründen vertreten.[16]) Ohne Zweifel mit Recht, bedroht doch schon jetzt § 361 Nr. 7 StGB. diese Personen mit Strafe, wenn sie sich aus Arbeitsscheu weigern, die ihnen von der Behörde angewiesene, ihren Kräften angemessene Arbeit zu verrichten. Der weitere Vorschlag,[17]) rückfällige Landstreicher, Bettler, Zuhälter und Dirnen usw., insbesondere alle aus § 361 Nr. 3 bis 8 Verhafteten, also die bereits hinsichtlich des Strafvollzuges in § 362 durch Zulässigkeit des Arbeitszwanges und der Überweisung an die Landespolizeibehörde mit möglicher Unterbringung in ein Arbeitshaus besonders behandelten Personenkategorien unbeschränkt und ohne weiteres dem Arbeitszwang während der Untersuchungshaft zu unterwerfen, ist als mit dem Wesen der letztern nicht vereinbar, zurückzuweisen. Bereits die geltende Badische Dienst- und Hausordnung vom 31. März 1885 (§ 80) verpflichtet die aus § 361 Nr. 3 bis 8 Verhafteten zur Arbeit, wenn die Aufrechterhaltung der Ordnung es erheischt.[17a]) De lege lata ist diese Vorschrift reichsrechtlich mit der Maßgabe als rechtsgültig zu bezeichnen, daß dem Richter gemäß § 116 Abs. 5 StPO. die endgültige Entscheidung darüber gebührt, ob die Ordnung im Gefängnis diese Beschränkung des Untersuchungsgefangenen rechtfertigt. In den Gefängnissen der Preußischen Justizverwaltung ist

[15a]) In der Diskussion über den Vortrg des Verfassers sprach sich allerdings Staatsanwalt Honemann dafür aus, vom Standpunkt einer im Rahmen der gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse wohl aber kaum konstruierbaren allgemeinen Staatsbürgerpflicht zur Arbeit.

[16]) Versammlung des Vereins für deutsche Strafanstaltsbeamten in Freiburg 1889; Frh. Marschall von Bieberstein auf dem Petershurger Gef.-Kongreß 1895, a. a. O.

[17]) Krell, Bl. f. Gefängniskunde, Bd. 23, S. 356.

[17a]) Die Erläuterung zu § 80 der Badischen Hausordnung betont, daß die genannten Personenkategorien zur Sicherung einer maßvollen Ausführung allein herausgegriffen seien, sie seien erfahrungsgemäß ohne Arbeit nicht zu zügeln und zu allem Unfug geneigt. Der Erlaß vom 12. Mai 1881 weist darauf hin, daß bei diesen Personen die Schuld regelmäßig schon bei der Ergreifung feststehe, daß sie tatsächlich zugleich aus öffentlichen Mitteln unterstützte Individuen seien, deren Arbeit allein ein Entgelt der Verpflegung geben könne; endlich darauf, daß gerade bei ihnen die Anrechnung der Untersuchungshaft sehr häufig sei.

Ähnliche Vorschriften wie in Baden gelten auch im Königreich Sachsen über die ausnahmsweise Arbeitspflicht der Untersuchungsgefangenen.

aber ein Arbeitszwang gegenüber den Untersuchungsgefangenen durch § 92 GefO. schlechthin verboten. Dieses Verbot zieht also den Kreis der dem Untersuchungsgefangenen auferlegbaren Beschränkungen in der in Rede stehenden Beziehung noch enger als § 116 Abs. 2 StPO. Es läßt sich nicht leugnen, daß in der Tat in casu die Ordnung im Gefängnis durch provozierendes Nichtstun gefährdet werden kann: Die in derselben Anstalt verwahrten Strafgefangenen weigern sich z. B. angesichts der sich ostentativ dem Müßiggang ergebenden in Untersuchungshaft befindlichen Bettler, Zuhälter usw., zu arbeiten. Da solche Disziplingefährdung nur seitens der in Rede stehenden Personenkategorien, deren gemeinsames Signum die Arbeitsscheu ist, in Frage kommt, so besteht für die Ausdehnung des Arbeitszwanges im Falle einer Gefährdung der Ordnung im Gefängnis auf alle Untersuchungsgefangenen ohne Unterschied kein legislatives Bedürfnis. Gegen frivoles Delinquieren (Einschlagen von Fensterscheiben, um im Gefängnis ein angenehmes Winterquartier zu bekommen) zu reagieren,[18]) ist nicht Aufgabe der Untersuchungshaft, sondern des strafgerichtlichen Urteils. Bei der hervorgehobenen Gattung von Untersuchungsgefangenen muß aber als Voraussetzung der de lege ferenda im Anschluß an die Badische Dienst- und Hausordnung auch für Preußen zu empfehlenden zwangsweisen Veranlassung zur Arbeit neben der Gefährdung der Ordnung im Gefängnis weiter gefordert werden, daß diese Personen innerhalb der letzten Jahre wiederholt, oder auch nur in einem, ihren zuständlichen Charakter schon genugsam enthüllenden Falle rechtskräftig bestraft sind. Denn die bloße Tatsache, daß jemand wegen Bettelei, Zuhälterei usw. in Haft sitzt, rechtfertigt vom Standpunkt des oben betonten Grundsatzes der N e u t r a l i t ä t d e s V o l l z u g e s d e r U n t e r s u c h u n g s h a f t gegenüber der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat die Anwendung der besonderen Maßregel noch nicht. Die gesetzliche Sanktion der Anregung,[19]) statt des Arbeitszwanges während der Untersuchungshaft zur Vermeidung frivoler, erfahrungsgemäß häufig nur auf den Wegfall der Nebenstrafe des Arbeitshauses abzielenden Rechtsmitteleinlegung die Strafurteile gegen die in Betracht kommenden Personenkategorien für vorläufig vollstreckbar zu erklären, würde eine nicht zu empfehlende Durchbrechung des Rechtsmittelsystems enthalten.

Aber besteht nicht in gewisser Hinsicht über die de lege ferenda soeben unter bestimmten Voraussetzungen befürwortete Pflicht besonderer Klassen von Untersuchungsgefangenen zur Arbeit hinaus bereits de lege lata ein allgemeiner, alle Verhafteten gleichmäßig treffender Arbeitszwang? Nach § 55 GefO. sind die Gefangenen, soweit nicht eine Ausnahme durch den Vorsteher zugelassen wird, verpflichtet, i h r e Z e l l e n u n d d e r e n E i n r i c h t u n g s g e g e n s t ä n d e z u r e i n i g e n. Wenn nicht der Richter im einzelnen abweichende Bestimmungen trifft, findet diese Vorschrift gemäß § 95 GefO. auch auf Untersuchungsgefangene Anwendung. Hiervon geht auch das Justizministerialreskript vom 13. Dezember 1902 aus; es will jedoch die Untersuchungsgefangenen von besserer Lebensstellung mit diesen Arbeiten

[18]) Wie Krell, a. a. O. und der in der vorhergehenden Anmerkung angezogene Badische Erlaß will.

[19]) Rosenberg, Reform der Untersuchungshaft, Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss., Bd. 26, S. 384 f. Der Entwurf enthält über den Arbeitszwang nichts.

regelmäßig verschont wissen.[20]) Es folgt hieraus, daß das Reskript im übrigen, falls nicht der Gefängnisvorsteher oder der Richter etwas abweichendes in concreto anordnet, die Untersuchungsgefangenen für verpflichtet hält, ihre Zellen und das Inventar zu reinigen.[21]) Mithin ist es vom Standpunkt des Reskriptes auch zulässig, den sich dieser Verrichtung weigernden Untersuchungsgefangenen niederer Lebensstellung disziplinarisch dazu anzuhalten. Diese von der Justizverwaltung auf Grund der Gefängnisordnung aufgestellte Verpflichtung des Untersuchungsgefangenen zur Zellenreinigung steht aber ohne Zweifel im Widerspruch zu Abs. 2 des § 116 StPO. Denn niemand wird behaupten wollen, daß es zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnisse notwendig ist, die Untersuchungsgefangenen zu den in Rede stehenden Verrichtungen heranzuziehen. Auf der Grenze des Zulässigen stehen die nach § 95 GefO. regelmäßig auch auf Untersuchungsgefangene anwendbaren Bestimmungen des § 54 a. a. O., wonach der Gefangene des Morgens sein Lager aufbetten und sich am Abend entkleidet niederlegen muß, und des § 70 a. O., wonach ihm nur im Falle guten Verhaltens das Brennen von Licht, jedoch nicht über 10 Uhr abends hinaus, gestattet werden kann. Wenn § 95 in Verbindung mit § 78 GefO. vorschreibt, daß gesunde Untersuchungsgefangene täglich mindestens eine halbe Stunde zur Bewegung im Freien in den Gefängnishof zu führen und hierbei unausgesetzt zu beaufsichtigen sind — hierbei muß, wie oben bereits erwähnt, dafür gesorgt sein, daß sie nicht mit anderen Gefangenen in Berührung kommen —, so ist möglichst zu vermeiden, daß diese Bewegung im Freien eine über den Zweck der Untersuchungshaft hinausgehende Demütigung für den in Trupps mit anderen, wenn auch von ihnen getrennt, im Freien bewegten Verhafteten mit sich bringe.[22]) Im übrigen gilt aus hygienischen Gründen die Bewegung im Freien mit Recht als eine Wohltat für den Untersuchungsgefangenen, die ihm sogar im Wege der disziplinaren Maßregelung bis zur Dauer einer Woche entzogen werden kann (§ 58 Ziff. 5 GefG.). Wie den Strafgefangenen kann auch den Untersuchungsgefangenen die Benutzung eigener Betten nach Maßgabe der Hausordnung gestattet werden (§§ 65, 95 GefO.)[22a]) Besser als der Strafgefangene ist der Untersuchungsgefangene insofern gestellt, als ihm die eigene Kleidung und Wäsche stets zu belassen ist, sofern die Sachen ausreichend, ordentlich und schicklich sind. Im entgegengesetzten Falle wird ihm Hauskleidung verabfolgt, die sich aber von derjenigen der

---

[20]) So auch Dalcke a. a. O. not. 8 zu § 92 Gef.-O. im Gegensatz zu Wulif a. a. O. I, S. 437, der die Unters.-Gef. nur dann von dieser Pflicht befreit, wenn sie vermögend sind und die Reinigung auf ihre Kosten durch die Gefängnisverwaltung geschehen kann. Wulff stützt sich hierbei auf eine Allgem. Verfügung des Justiz-Min. vom 5. VI. 1856 (J.-M.-Bl. S. 158), die aber nicht mehr als gültig anerkannt werden kann, jedenfalls nicht mehr seit Erlaß des Reskripts vom 13. XII. 1902.

[21]) Auch Dalcke a. a. O. meint, daß man diejenigen Unters.-Gefangenen, die in der Freiheit derartige Arbeiten verrichten, auch im Gefängnis werde dazu „anhalten" können.

[22]) Im Untersuchungsgefängnis in Moabit ist dafür gesorgt, daß Personen „besserer" Lebensstellung einzeln und in besonderen Stunden sich ergehen können.

[22a]) § 93 der Badischen Hausordnung schließt die aus § 361 Nr. 3 bis 8 Verhafteten von der Vergünstigung eigener Bettung aus. Diese Personen werden regelmäßig schon deswegen auf eigene Betten verzichten müssen, weil sie keine haben.

Strafgefangenen zu unterscheiden hat.[23]) Aus naheliegenden Gründen sind die Untersuchungsgefangenen auf Verlangen des Untersuchungsrichters — hierunter muß auch der Ermittlungsrichter verstanden werden — in denjenigen Kleidern vorzuführen, welche sie bei ihrer Verhaftung getragen haben (§ 93 GefO.). Ebenso ist darauf zu achten, daß bei ihnen Haar- und Bartwuchs so erhalten wird, wie er bei ihrer Aufnahme beschaffen war (§ 62 GefO.). Bei der Durchführung und Reinigung der aufzunehmenden Gefangenen gemäß § 30 GefO. soll nach dem Ministerialreskript besondere Rücksicht auf die Person der Untersuchungsgefangenen genommen, insbesondere auch darauf geachtet werden, ob ihnen gemäß § 30 Abs.4 GefO. einzelne Gegenstände, welche Personen ihres Standes zu ihrer Bequemlichkeit zu besitzen pflegen, zu belassen sein werden. Im Falle der Erkrankung ist der Untersuchungsgefangene auf den Gefängnisarzt angewiesen; nur mit Genehmigung des Richters, die aber wohl nur ausnahmsweise versagt wird, kann er sich auf seine Kosten der Hilfe eines anderen Arztes bedienen (§ 85 GefO.) Im übrigen darf sich der Untersuchungsgefangene — so bestimmt allgemein § 116 Abs.3 StPO.— Bequemlichkeiten, die seinem Stande und seinen Vermögensverhältnissen entsprechen, auf seine Kosten verschaffen, soweit sie mit dem Zwecke der Haft vereinbar sind und weder die Ordnung im Gefängnisse stören noch die Sicherheit gefährden. Im Rahmen dieser Bestimmung gewährt § 94 GefO. dem Untersuchungsgefangenen im Gegensatz zum Strafgefangenen, der dieses Recht nicht hat, einen Anspruch auf Selbstbeköstigung.[23a]) Diese darf nur von dem zu ihrer Beschaffung ermächtigten Speisewirt nach Anordnung des Gefängnisvorstandes verabfolgt werden. Wird ausnahmsweise durch den Richter die anderweite Einbringung von Lebensmitteln in das Gefängnis gestattet, so sind sie, ebenso wie das Geschirr, vor der Verabfolgung sorgfältig zu untersuchen, Backwaren zu durchschneiden. Die für jüdische Gefangene im Wege der Selbstbeköstigung zugelassenen Speisen können mit Beachtung der jüdischen Speisegebote beschafft werden. Weiter bestimmt der diese Vorschriften enthaltende § 67 (vgl. § 94 Abs. 2) GefO., daß die im Wege der Selbstbeköstigung beschaffte Kost die Grenzen eines mäßigen Genusses nicht übersteigen darf, wobei Branntwein schlechthin ausgeschlossen ist. Werden diese Schranken überschritten oder wird das Recht der Selbstbeköstigung in anderer Weise mißbraucht, so kann es nach § 94 Abs. 3 GefO. wieder entzogen werden. Fraglich kann erscheinen, ob nicht die Bestimmung einiger Hausordnungen,[24]) daß Wein nur auf Grund ärztlicher Verordnung genossen werden darf, zu weit geht. Vernünftigerweise wird den lokalen Volkstrinkgewohnheiten Rechnung zu tragen sein. Grundsätzlich muß es aber als das Recht des Staates wie jedes Privatmannes anerkannt werden, zu der Alkoholfrage in den ihm unterstellten Haushaltungen Stellung zu nehmen, und zwar auch nach der Richtung gänzlicher Alkoholenthaltung.[25])

[23]) Im Moabiter Untersuchungsgefängnis, in dem sich für die Erledigung des Wirtschaftsbetriebes auch Strafgefangene befinden, ist die Unterscheidung damit gegeben, daß die Untersuchungsgefangenen auf der Schulter einen weißen Streifen tragen; im übrigen gleicht der blaue Anzug dem der Strafgefangenen völlig. Es fragt sich, ob diese gewiß fiskalisch-praktische „Unterscheidung" dem Sinne der Bestimmung genügend Rechnung trägt.

[23a]) Vgl. Entwurf § 117 Abs. 3.

[24]) So z. B. der Hausordnung des Moabiter Untersuchungsgefängnisses.

[25]) Den englischen Untersuchungsgefangenen ist der Alkoholgenuß absolut verboten. Vergl. Hetzel, Untersuchungshaft nach deutschem, österreichischem, französ. und engl. Recht, Breslauer Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 26.

Digitized by Google

Es handelt sich hier nicht um die Frage, ob die Abstinenzbewegung heilsam ist oder nicht, sondern um das auch dem Staat nicht zu verkümmernde Recht, die von ihm geleiteten Wirtschaftsbetriebe nach bestimmten, als vernünftig erkannten Grundsätzen einzurichten. Der einzelne Untersuchungsgefangene, der, wenn auch gezwungen, in einen solchen Haushalt eintritt, kann sich über Schmälerung seiner individuellen Rechte nicht beklagen, wenn er dem in der GefO. auf den Branntweingenuß beschränkten Alkoholverbot und dem weitergehenden einzelner Hausordnungen unterworfen wird. Der gleiche Gesichtspunkt trifft zu auf das in §§ 95, 52 GefO. ausgesprochene Verbot jedes Karten-, Würfel- oder ähnlichen Spiels, ferner auch, soweit nicht von dem Gefängnisvorsteher bezw. dem Richter aus besonderen Gründen für einzelne Gefangene eine Ausnahme gestattet ist, des Tabakrauchens, Tabakschnupfens und Tabakkauens; Gefangenen unter 18 Jahren ist der Genuß des Tabaks überhaupt nicht gestattet.

Die vom Deutschen Reichstag am 27. Febr. 1904 angenommene Resolution Gröber will dem Untersuchungsgefangenen über § 116 Abs. 3 StPO. hinaus ein unbedingtes Recht auf Selbstbeköstigung und auf eine seinem Beruf und Bildungsgrad angemessene Beschäftigung geben. Die Reformkommission[26]) hat demgegenüber an der übrigens praktisch kaum zu beseitigenden Schranke der Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnis, der Nichtgefährdung des Untersuchungszweckes und der Sicherheit festgehalten, andererseits aber die Gewährung der in Rede stehenden Bequemlichkeiten und Beschäftigungen von dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Inhaftierten unabhängig machen zu sollen geglaubt. Praktisch ist hierdurch kaum ein Unterschied von dem bisherigen Rechtszustand bedingt; denn die Kommission (desgleichen der Entwurf) hat bestehen lassen — und mit Recht —, daß sich der Untersuchungsgefangene die Bequemlichkeiten auf seine Kosten zu beschaffen hat. Weiter hat die Kommission auf ausdrückliche Feststellung im Gesetz Wert gelegt, daß das Lesen und die Beschäftigung mit schriftlichen Arbeiten[27]) mit der allgemeinen Maßgabe des § 116 Abs. 3 nicht untersagt werden darf. Schon nach der GefO. (§ 84) ist der Untersuchungsgefangene nicht auf die Bücher und Schriften aus der Sammlung des Gefängnisses, die dem Strafgefangenen regelmäßig allein zur Verfügung stehen, angewiesen. Es können ihm auch sonstige Bücher und Schriften, desgleichen Zeitungen gestattet werden. Nach dem Ministerialreskript von 1902 ist hierüber zweckmäßig die Entscheidung des Richters einzuholen; da diese auch hier an die Ordnung im Gefängnis gebunden ist, so werden anstößige, z. B. aufreizende, unzüchtige Schriften nicht zu gestatten sein.

Zum gemeinschaftlichen Gottesdienst dürfen Untersuchungsgefangene, die wegen Verdachtes eines Verbrechens oder Vergehens verhaftet sind, nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Richters zugelassen werden; die wegen Verdachts einer Übertretung Verhafteten dürfen ohne weiteres teilnehmen. Nicht selten verweigert der Richter, um Kollusionen zu verhüten, die Erlaubnis. Da, wo das Prinzip der Einzelhaft auch auf den

[26]) Protokolle II, S. 185; desgleichen der Entwurf.

[27]) Prot. I, S. 113 f. Ein Beschluß des OLG. München vom 19. VI. 1894 gestattet Anfertigung schriftstellerischer Arbeiten, läßt aber ein Verbot zu, sie während der Haft in Verkehr zu bringen.

Digitized by Google

Gottesdienst ausgedehnt ist,[28]) dürfte ein ausreichendes Bedürfnis dazu nicht bestehen. Während gesunde Strafgefangene dem regelmäßigen Gottesdienst beizuwohnen haben, sofern sie nicht aus besonderen Gründen durch den Gefängnisvorsteher von der Teilnahme entbunden sind, besteht ein solcher Kirchzwang für Untersuchungsgefangene aus guten Gründen nicht. Das Ministerialreskript dehnt die Bestimmung der Notwendigkeit richterlicher Erlaubnis zur Teilnahme am Gottesdienst entsprechend auf die Teilnahme der Untersuchungsgefangenen am gemeinschaftlichen Unterricht (§ 83 GefO.) aus.

Abs. 4 des § 116 StPO. enthält besondere Vorschriften über die Fesselung des Untersuchungsgefangenen. Sie darf nur stattfinden, wenn sie wegen besonderer Gefährlichkeit seiner Person, namentlich zur Sicherung anderer, erforderlich erscheint, oder wenn er einen Selbstentleibungs- oder Entweichungsversuch gemacht oder vorbereitet hat. Bei der Hauptverhandlung soll der Untersuchungsgefangene ungefesselt sein. § 48 i. V. m. § 95 GefO. gestattet dem Richter bezw. in dringenden Fällen (§ 116 Abs. 5 StPO.) dem Gefängnisvorsteher auch zur Bewältigung tätlichen Widerstandes sowie zur Sicherung, sofern andere Mittel nicht ausreichen, die Fesselung und außerdem die Anlegung der Zwangsjacke. Bei Transporten[29]) und Vorführungen ist die Fesselung gleichfalls zulässig; sie ist aber vom Richter nur dann anzuordnen, wenn sie nach sorgfältiger Prüfung im Einzelfalle unerläßlich erscheint (§ 48 Abs. 2 GefO.). Zu beanstanden ist die im § 116 StPO. (auch im § 117 des Entwurfs) zugelassene Fesselung des Untersuchungsgefangenen, der einen Selbstentleibungsversuch gemacht oder vorbereitet hat. Hierin liegt eine von England,[30]) Österreich,[31]) und Frankreich[32]) mit Recht aufgegebene Überspannung des Gedankens der Durchführung des staatlichen ius puniendi um jeden Preis. Es erinnert dies an die Verfolgung des ius puniendi bis aufs äußerste in früheren Zeiten, die selbst vor dem Leichnam des Verbrechers nicht Halt machten und zur Exekution in effigie schritten, wenn der Verbrecher geflohen war. Beansprucht doch auch der heutige Staat nicht das Recht, einen Beschuldigten, der in der Freiheit einen Selbstmordversuch gemacht hat, dieserhalb einer Freiheitsbeschränkung zu unterwerfen! Unterbringung in einem Krankenhaus und angemessene Pflege und Überwachung dürften hier das richtigere sein. Die Fesselung im Falle eines Fluchtversuchs ist nicht zu beanstanden; denn es handelt sich hier nur um die Erhöhung einer an sich schon durch die Untersuchungshaft erstrebten, durch das Verhalten des Verhafteten gefährdeten Garantie. Auch die Zulässigkeit der Hinderung der Flucht durch den Gebrauch von Hieb- und Schußwaffen im äußersten Falle (§ 22 Nr. 4 GefO.) unterliegt unter demselben Gesichtspunkt keinem Bedenken. Eine andere Frage ist es, ob ein Untersuchungsgefangener wegen Fluchtversuchs disziplinarisch bestraft werden kann. § 51 GefO. erklärt Flucht und Fluchtversuche für schwere Verstöße gegen die Gefängnisordnung und für disziplinarisch strafbar. Es ist zweifelhaft, ob sich dies auch auf Untersuchungs-

[28]) So in Moabit.
[29]) Über die Trennung der Gefesselten bei dem Transport, siehe oben.
[30]) S. Hetzel a. a. O.
[31]) § 188 StPO.
[32]) Code d'instr. crim. art. 614.

gefangene bezieht. Nach § 95 finden nun ja die Vorschriften der GefO. auf Untersuchungsgefangene Anwendung, soweit nicht der Richter im Einzelfalle abweichende Anordnungen trifft. Hiernach bliebe es an sich dem Richter unbenommen, eine Disziplinarstrafe über einen Untersuchungsgefangenen zu verhängen, der einen Fluchtversuch gemacht hat; und in der Praxis sind solche Bestrafungen nicht allzu selten. Aber es muß betont werden, daß eine solche Disziplinierung mit dem Grundsatz des § 116 Abs. 2 StPO. in Widerspruch steht. Denn man wird nicht behaupten können, daß durch einen Fluchtversuch „die Ordnung im Gefängnis" gefährdet wird. Es erwachsen den Gefängnisbeamten hierdurch freilich Unbequemlichkeiten; sie müssen sich bemühen, des Flüchtigen wieder habhaft zu werden und sind genötigt, ihm, falls dies gelingt, hernach erhöhte Aufmerksamkeit zuzuwenden; aber die Ordnung im Gefängnis wird, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten, der Flüchtige z. B. andere Gefangene aufwiegelt und gleichfalls zur Flucht bestimmt, nicht gestört. Geschweige nicht, wenn der Fluchtversuch außerhalb der Anstalt, etwa während der Außenarbeit, geschieht. Vom Standpunkt der Bejahung der Zulässigkeit einer Disziplinierung in dem in Rede stehenden Falle wird allerdings nicht zu bestreiten sein, daß der Untersuchungsgefangene der GefO. auch dann untersteht, wenn er unter der Aufsicht eines Gefängnisbeamten sich außerhalb der Anstalt aufhält.[33]) Es wird daher gegen den die Frage der Disziplinierung des Untersuchungsgefangenen wegen Fluchtversuchs grundsätzlich in bejahendem Sinne entscheidenden Beschluß des Landgerichts I Berlin vom 9. Oktober 1902 nicht daraus ein Bedenken abzuleiten sein, daß er den Fluchtversuch außerhalb der Anstalt — in casu auf dem Korridor des Gerichtsgebäudes — dem innerhalb derselben gleichstellt. Aber darin, daß der Beschluß überhaupt gegen einen Untersuchungsgefangenen wegen eines Fluchtversuchs disziplinarisch einschreitet — in casu wurde Arrest auf drei Wochen, sowie Beschränkung der Kost auf Wasser und Brot und Entziehung des Bettlagers auf die gleiche Zeit verhängt —, geht er sicherlich fehl. Nicht nur im Hinblick auf § 116 Abs. 2 StPO. Auch von einem anderen Gesichtspunkt aus erscheint die Disziplinierung eines Untersuchungsgefangenen, der sich in Freiheit hat setzen wollen, unangebracht: Sogar dem Selbsterhaltungstrieb des Strafgefangenen trägt das Strafgesetz Rechnung, indem es die Selbstbefreiung straflos läßt.[34]) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Disziplinierung des Strafgefangenen wegen Fluchtversuchs mit dieser ratio der kriminellen Straflosigkeit vereinbar ist; es läßt sich immerhin von einer dem staatlichen ius puniendi entsprechenden Pflicht, die verwirkte Strafe zu erstehen, sprechen. Zu weit geht es jedoch, auch die Strafjustizvereitelung durch die Flucht des Untersuchungsgefangenen als Unrecht[35]) anzusehen, zumal wenn hernach der Verhaftete nicht zu überführen ist oder sich gar seine Unschuld herausstellt.

[33]) Ob der Untersuchungsgefangene auch in der Hauptverhandlung den Disziplinarstrafen der Gefängnisordnung untersteht, ist bestritten. Richtiger Ansicht nach greift ihm gegenüber nur die — hier allerdings unzulängliche — Sitzungspolizei Platz.

[34]) Mit Unrecht straft das Reichsgericht (Rechtspr. IV, 812, V, 421) den Gefangenen, der zu seiner eigenen Befreiung angestiftet hat. Wer als Haupttäter in Bezug auf die Herbeiführung eines Erfolges nicht strafbar ist, kann es auch nicht als Teilnehmer sein.

[35]) Wie Beling, Begünstigung und Hehlerei in der Rechtsvergl. Darstellung, Bd. VII, S. 211 und Note 2.

Digitized by Google

Die Disziplinarstrafen, die gegen den Untersuchungsgefangenen anwendbar sind, unterscheiden sich — dies erhellt bereits aus dem ebenmitgeteilten landgerichtlichen Beschluß — von den dem Strafgefangenen gegenüber zur Anwendung kommenden gar nicht. Für beide Gefangenenkategorien stellt § 58 GefO. gleichmäßig zur Verfügung: Verweis, Entziehung hausordnungsmäßiger Vergünstigungen, Entziehung der Bücher und Schriften bis zur Dauer von vier Wochen, der Bewegung im Freien, des Bettlagers und Schmälerung der Kost bis zur Dauer einer Woche, endlich einsame Einsperrung (Arrest) bis zur Dauer von sechs Wochen. Der Arrest kann noch geschärft werden, u. a. durch Entziehung des Bettlagers, Verdunkelung der Zelle (sie ist nur bei Jugendlichen, die aber bis zum 14. Jahr körperlich gezüchtigt werden können,[36]) ausgeschlossen); die übrigen Disziplinarmittel sind kumulierbar. Wie überall, so muß auch hier de lege ferenda die Sonderstellung des Untersuchungsgefangenen zur Geltung gelangen. Der Kreis der ihm gegenüber in Betracht kommenden Disziplinarmittel ist daher möglichst einzuschränken. Es dürfte sich weiter empfehlen, das Höchstmaß der einzelnen Strafen den Strafen des Strafgefangenen gegenüber herabzusetzen. Daß im übrigen nicht schon jeder Verstoß gegen die Hausordnung zur Disziplinierung des Untersuchungsgefangenen führen kann, ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz des § 116 Abs. 2. Die Reformkommission[37]) hat jedoch beschlossen, im Gesetz noch besonders zum Ausdruck zu bringen, daß eine disziplinare Bestrafung des Untersuchungsgefangenen nur eintreten solle, wenn und soweit sie zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnisse und der Sicherheit notwendig erscheint.

Von Gefängnisvorstehern wird nicht selten der Vorschlag gemacht, die Disziplinargewalt dem nach §§ 116 Abs. 5 StPO., 95 Abs. 2 GefO. damit betrauten Richter abzunehmen und sie in die Hand des Gefängnisvorstehers zu legen, und ein dahingehender Antrag ist auch in der Kommission für die Reform des Strafprozesses gestellt worden. Begründet wird der Vorschlag mit Unzuträglichkeiten, die, wie nicht zu verkennen ist, mit der Handhabung der richterlichen Disziplinarbefugnis gegenwärtig verbunden sind.[38]) Es läßt sich zunächst nicht leugnen, daß die Disziplinarstrafe erheblich an Wirksamkeit einbüßt, wenn sie nicht unmittelbar nach dem Fehltritt vollstreckt wird. Die Berichterstattung an den Richter wird zudem häufig noch dadurch erschwert und verzögert, daß der Gefängnisvorsteher den mit dem Eintritt eines neuen Abschnittes des Verfahrens wechselnden zuständigen Richter nicht kennt, oder daß ein auswärtiges Amtsgericht den Haftbefehl erlassen hat und daher mit der Kontrolle des Vollzuges der Untersuchungshaft befaßt ist. Ein weiterer Übelstand ist der, daß Verhaftete, die sich in gleicher Weise vergangen haben, leicht mit verschiedenem Maße gemessen werden, wenn sie nämlich verschiedenen Haftrichtern unterstehen. Der eine Richter verhängt diese, der andere jene, der dritte vielleicht gar keine Disziplinarstrafe — Fälle, die in der Praxis gar nicht so selten vorkommen und dem Gefängnisvorsteher die Aufrechterhaltung der Disziplin recht erschweren. Rechtfertigen nun diese Mißlichkeiten eine Übertragung der Disziplinargewalt über den Untersuchungsgefangenen auf den Gefängnisvorsteher? Diese Übertragung

[36]) Vergl. Dalcke a. a. O. Not. 68 zu § 58 Gef.O.
[37]) Prot. a. a. O. Der Entwurf ist der Anregung nicht gefolgt.
[38]) Vergl. Kirsch a. a. O.

gesetzlich sanktionieren, hieße das Kind mit dem Bade ausschütten, bedeutete eine bedenkliche Durchbrechung des Prinzips, kraft dessen das geltende Recht den Untersuchungsgefangenen in allen Beziehungen der endgültigen Verfügung nicht des Gefängnisvorstehers, sondern des Richters unterstellt. Denn die Frage, wer die Disziplinargewalt über den Untersuchungsgefangenen ausüben soll, ist ja nur ein Teil, eine Unterfrage der Hauptfrage, wer den Vollzug der Untersuchungshaft zu leiten und inhaltlich zu bestimmen hat. Wer dem Gefängnisvorsteher die Disziplinarbefugnis übertragen will, muß ihn folgerichtig zur entscheidenden Instanz über Art und Maß der dem Verhafteten aufzuerlegenden Beschränkungen überhaupt erheben, deren Gegebensein oder Nichtgegebensein den Inhalt des Haftvollzuges wesentlich beeinflußt. Diese Konzession kann dem Gefängnisvorsteher aber nimmermehr gemacht werden. Der wesentliche Unterschied zwischen Strafhaft und Untersuchungshaft kann kaum in einer grundsätzlicheren Form äußerlich in die Erscheinung treten, wie in der Verschiedenheit des Kontrollorgans des Haftvollzuges. Gewiß wird häufig der Gefängnisvorsteher sein gewichtiges Wort in die Wagschale werfen, wenn es sich darum handelt, ob die Ordnung im Gefängnis unter einer dem Verhafteten zu gewährenden Freiheit leiden würde; aber seine Stimme kann nicht ausschlaggebend sein. Denn es liegt psychologisch nur zu nahe, daß er den Gesichtpunkt der Ordnung zu sehr in den Vordergrund zu rücken, die Ordnung im Gefängnis mit der vom Reichstag wohlweislich davon scharf abgehobenen Gefängnisordnung zu identifizieren geneigt sein wird. Hier richtig abzuwägen zwischen Hausordnungs- und den Schutzinteressen des nur im Intersse der Untersuchung der Freiheit beraubten Untersuchungsgefangenen ist nur ein Außenstehender, eine von dem Geist des Gefängnisreglements nicht befangene Persönlichkeit imstande.[39]) Auch die Reformkommission[40]) hat daran festgehalten, daß der Verhaftete ausschließlich zur Verfügung des Richters stehen dürfe. Die auf dem Gebiete der Disziplinierung sich zeigenden, auch von der Kommission nicht übersehenen Mängel sind, bei Lichte besehen, nicht so einschneidend, wie sie auf den ersten Blick erscheinen, und überdies milderungsfähig. Wenn auch einige Zeit darüber hingehen mag, bis der Richter über den Disziplinarantrag des Gefängnisvorstehers entschieden hat, so können doch nach § 47 GefO. Untersuchungsgefangene, welche die Ordnung stören und der ihnen erteilten Warnung des Gefangenaufsehers nicht Folge leisten, sofort in eine Arrestzelle abgeführt werden; von der Abführung ist dem Richter nur ungesäumt Anzeige zu machen. Durch diese in praxi allgemein übliche Abführung wird der widerspenstige Verhaftete sichtbar von dem Kreise der sich ordentlich führenden abgesondert und in eine Atmosphäre fühlbarer Isolierung versetzt, in der er der kommenden Bestrafung entgegenharrt, ohne daß die im Falle seines Verbleibens in dem gewohnten Milieu vielleicht bald vorübergehende Spannung bis zum Eintritt der Disziplinarstrafe beseitigt würde. Der Mangel einer widerspruchsvollen Gestaltung der Disziplinierung bei einer Mehrheit von Haftrichtern ließe

[39]) Abweichend hiervon traut Kronecker, Goltd. A. Bd. 298, S. 369, dem Richter, der nicht selbst Gefängnisvorsteher ist, ein Urteil darüber, was die Ordnung im Gefängnis erfordert, nicht zu.

[40]) Prot. I, S. 119; desgleichen der Entwurf.

sich vielleicht bei größeren Gerichten durch Übertragung der Disziplinargewalt auf einen Richter beheben.[41])

Dem Gefängnisvorsteher gegen eine seiner Ansicht nach die Ordnung im Gefängnisse verletzende Disziplinarverfügung, wie überhaupt eine den Vollzug der Haft betreffende Verfügung des Richters ein Beschwerderecht zu geben, steht nichts im Wege.[41a]) Zur Zeit pflegt eine Meinungsverschiedenheit zwischen Richter und Gefängnisvorsteher in der Weise ausgetragen zu werden, daß der Richter, falls der Gefängnisvorsteher seinen Anordnungen betr. den Haftvollzug nicht Folge leistet, sich an die dem Vorsteher vorgesetzte Verwaltungsbehörde (Oberstaatsanwalt) beschwerdeführend wendet. Denn die herrschende Meinung versagt dem Gefängnisvorsteher mit Recht die Beschwerde gegen die richterlichen Verfügungen — der Gefängnisvorsteher ist nicht der von der Verfügung Betroffene im Sinne des § 346 StPO.![42]) — und überläßt es ihm, gegebenenfalls durch Vermittelung der zur Beschwerde nach § 338 a. a. O. berechtigten Staatsanwaltschaft seinen Standpunkt zur Geltung zu bringen. Freilich wird gerade auf dem Gebiete der Disziplinierung die Beschwerde des Gefängnisvorstehers das Übel des Zeitverlustes noch empfindlich vermehren; aber es ist zu erwägen, daß das Übel einer der Ordnung im Gefängnis ins Gesicht schlagenden, alsbald vollzogenen richterlichen Disziplinarverfügung oder gar der Ablehnung jeglicher Disziplinierung in einem Falle von Unbotmäßigkeit noch größer ist.

Ist nach alledem insbesondere die Disziplinargewalt über den Untersuchungsgefangenen in den Händen des Richters zu belassen, so muß seine Kompetenz in der bestimmenden Oberleitung des Vollzuges der Untersuchungshaft im allgemeinen sogar noch verstärkt werden. In der herrschenden Praxis wird der Richter hinsichtlich des Vollzuges der Untersuchungshaft nur angegangen, wenn es sich darum handelt, besondere Erlaubnisse für den Verhafteten, die nur der Richter erteilen kann — Besuch des gemeinschaftlichen Gottesdienstes, Sprecherlaubnis mit dem Verteidiger (hierüber später), Gewährung von Lektüre —, zu erwirken oder disziplinarisch gegen den Verhafteten einzuschreiten. Im übrigen greifen die Vorschriften der Gefängnis- und Hausordnung nach § 95 GefO. ohne weiteres Platz. Sie sind die Regel, die abweichenden, nur im Falle der Stellung eines ausdrücklichen Antrages des Verhafteten ergehenden richterlichen Bestimmungen sind die Ausnahme.[42a]) Ein Verhafteter, der sich nicht bemüht, richterliche Entscheidung einzuholen, muß also z. B., wenn der Gefängnisvorsteher nichts anderes anordnet, seine Zelle reinigen, mit den übrigen Gefangenen zusammen den täglichen Spaziergang im Hofe machen usf. Diese Rechtslage steht im Widerspruch zu der Vorschrift des Absatzes 5 des § 116 StPO., wonach der Richter sämtliche nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Paragraphen erforderlichen Verfügungen zu treffen hat und nur in

[41]) Kronecker a. a. O.

[41a]) Vergl. S. 282 f. Kohler.

[42]) Aus §§ 35 Abs. 1, 98 Abs. 2 StPO. ergibt sich deutlich, daß unter „Betroffenen" nur solche Personen zu verstehen sind, die von der Entscheidung persönlich berührt werden. So auch Schweichler im folgenden Aufsatz. A. M. OLG. Celle, Beschl. v. 7. 3. 1899 (Goltd. A. Bd. 47, S. 301).

[42a]) Auch der Entwurf bringt diese Auffassung deutlich zum Ausdruck, wenn er in § 117 Abs. 5 auf die Entscheidung des Richters verweist, „insoweit besondere Anordnungen über die Behandlung eines Gefangenen erforderlich sind"

dringenden Fällen von anderen Beamten, insbesondere dem Gefängnisvorsteher, Anordnungen betreffend den Haftvollzug getroffen werden können, die aber ihrerseits wieder der richterlichen Bestätigung bedürfen. Zur Zeit sind für den allgemeinen Vollzug der Untersuchungshaft maßgebend die vom Gefängnisvorsteher angewandten Vorschriften der Gefängnisordnung. De lege ferenda ist zur Vermeidung der hierin begründeten Gefahr eines natürlichen Übergewichts der Schablone des Gefängnisreglements über die wohlberechtigten Interessen des Verhafteten zu fordern, daß in jedem einzelnen Falle der Haftrichter bestimme, ob und inwieweit die Bestimmungen der Gefängnisordnung gelten oder nicht.[43]) Ebenso wie im Falle der Notwendigkeit eines disziplinaren Einschreitens gegen den Untersuchungsgefangenen in erster Linie die richterliche Entscheidung einzuholen ist, so muß dies auch ganz allgemein hinsichtlich der Art und des Maßes der dem Verhafteten aufzuerlegenden übrigen Beschränkungen geschehen. In vielen Fällen wird allerdings auf Grund der hier befürworteten neuen Bestimmung der Richter lediglich die Vorschriften der Gefängnisordnung für anwendbar erklären; sie mögen für den Durchschnitt der Untersuchungsgefangenen, noch mehr für diejenigen, die durch ein dauerndes gesellschaftsfeindliches Verhalten den Anspruch auf besondere Rücksicht verwirkt haben (gewerbsmäßige Diebe und Betrüger, rückfällige Zuhälter usw.), ausreichen. Aber ein Fortschritt würde doch praktisch damit gegeben sein, daß der Verhaftete stets die Garantie der Prüfung durch den mit seinem Vorleben aus den Akten besser vertrauten Richter hätte. Vor allem würde aber mit einer solchen die richterliche Entscheidung in den Vordergrund stellenden Gesetzesvorschrift zum prinzipiellen Ausdruck gebracht sein, daß nicht der Verhaftete die von ihm geforderten Erleichterungen, sondern die Behörde die ihm aufzuerlegenden Beschränkungen zu begründen hat. Denn die Beschränkungen haben die besonders zu rechtfertigende Ausnahme beim Vollzuge der Untersuchungshaft zu bilden. Wie überall ist es auch hier gesetzgeberisches Ideal, die Geltungsgrenze des Satzes „men, not measures!" möglichst einzuschränken, d. h. bei aller Notwendigkeit eines gut geschulten, Würde mit Takt und Humanität verbindenden Personals gerade für den Vollzug der Untersuchungshaft eine möglichste Unabhängigkeit des Vollzuges von menschlichen Schwächen — insbesondere gehört hierher das gerade den subalternen Vollzugsorganen häufig eigene Vorurteil von der Schuld des eingelieferten Untersuchungsgefangenen — durch sachliche Garantien — hier die maßgebende Stellung des Richters als solchen — zu erzielen.

Neben der Frage der Behandlung des Gefangenen mit Bezug auf seine Person selbst ist die zweite große Frage des Vollzuges der Untersuchungshaft der Verkehr des Verhafteten mit der Außenwelt. Das geltende Recht stellt hier den Untersuchungsgefangenen im Interesse der Sicherung des Untersuchungszweckes zum Teil schlechter als den Strafgefangenen. Während nämlich z. B. dem Strafgefangenen die Annahme von Besuchen ohne Aufsicht gestattet werden kann, muß sich der Untersuchungsgefangene bei dem ihm vom Richter zu erlaubenden Empfang von Besuchen die Anwesenheit des Richters oder eines von diesem beauftragten Beamten gefallen lassen; er darf weiter die Gespräche mit dem

[43]) Vergl. Bozi, Reform der Untersuchungshaft, 1897, S. 22 f.

Digitized by Google

Besucher nur in einer dem betreffenden Beamten bekannten Sprache führen (§ 79 Abs. 3, 6 GefO.). Lediglich die im Gefängnis amtlich beschäftigten Personen dürfen zum Besuch der Gefangenen ohne weiteres zugelassen werden (§ 79 Abs. 1). Dies bezieht sich selbstverständlich auch auf den Gefängnisgeistlichen;[44]) mit dem Wesen der Seelsorge würde eine Kontrolle nicht im Einklang stehen. Dem Richter muß allerdings unbenommen bleiben, ausnahmsweise im Interesse des Untersuchungszweckes eine Aufsicht eintreten zu lassen. Ob und wie oft und von welchen Personen der Verhaftete Besuche empfangen darf, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Richters. Die Bestimmung des § 79 Abs. 4 GefO., daß jeder Gefangene in der Regel nur einmal im Monat Besuche von Angehörigen und in besonderen Fällen auch anderer Personen annehmen dürfe, ist — dies stellt ein Justizministerialreskript vom 25. April 1905 außer Zweifel — auf Untersuchungsgefangene nicht zu beziehen. Gemäß § 95 Abs. 1 GefO. in Verb. mit § 116 Abs. 2 StPO. ist der Richter in der Zahl der zu gestattenden Besuche und in der Bestimmung der zuzulassenden Besucher lediglich an die Schranke des Untersuchungszweckes und der Aufrechterhaltung der Ordnung „im Gefängnis" („des Gefängnisses") gebunden; letztere wird eine gewisse Einschränkung der Zahl der Besuche gebieten; indes geht die Vorschrift des § 79 Abs. 4 GefO. zweifellos über das Bedürfnis nach dieser Richtung hinaus.

Der mündliche Verkehr mit dem Verteidiger ist gemäß § 148 StPO. völlig frei nur nach der Eröffnung des Hauptverfahrens. Als unzulässig hat es daher das Reichsgericht[45]) mit Recht bezeichnet, daß noch nach diesem Zeitpunkt vom Gefängnisvorsteher die Anwesenheit eines Gefängnisbeamten bei den Unterredungen des Verhafteten mit dem Verteidiger angeordnet werde, allerdings müsse der Verteidiger dem Vorsteher den Nachweis liefern, daß das Hauptverfahren eröffnet und er zum Verteidiger gewählt oder bestellt sei. Bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens dagegen läßt § 148 StPO. Besuche des Verteidigers erst und nur dann zu, wenn der Richter darüber entschieden hat, ob eine Gerichtsperson der Unterredung beiwohnen soll; diese beschränkende Voraussetzung kommt aber dann nicht in Frage, wenn die Haft lediglich wegen Verdachts der Flucht gerechtfertigt ist. Die Gefängnisordnung (§ 79 letzter Absatz) gestattet nun aber vor Eröffnung des Hauptverfahrens ganz allgemein Besuche des Verteidigers nur dann, wenn der Richter vorher über die Notwendigkeit der Anwesenheit einer Gerichtsperson Bestimmung getroffen hat. Von mancher Seite wird die Gültigkeit dieser keinen Unterschied zwischen Kollusions- und Fluchthaft machenden und daher angeblich mit § 148 StPO. in Widerspruch stehenden Vorschrift bestritten.[46]) Mit Unrecht. Denn es kommt nach § 148 nicht darauf an, ob die Haft von vornherein wegen Verdachts der Flucht verhängt ist — hiervon könnte allerdings der Gefängnisvorsteher sofort unterrichtet werden —, sondern, ob jeweils die Verhaftung nicht lediglich wegen Fluchtverdachts, sondern auch wegen Gefahr der Kollusion gerechtfertigt ist.[47]) Dies zu beurteilen,

[44]) Pastor Kraus, Blätter f. Gefängniskunde, Bd. 20, S. 46 f., fordert Freiheit der damals noch kontrollierten seelsorgerischen Besuche vorbehaltlich der Verständigung mit dem Richter im Einzelfalle.

[45]) Urteil vom 2. V. 1898, Bd. 31, S. 128. Vergl. Beschl. des Kammergerichts vom 3. Juni 1891 (Goltd. Arch., Bd. 39, S. 357).

[46]) Werner und Rosenberg, Jurist. Wochenschrift 1903 S. 311, 1905 S. 109.

[47]) Ebenso Kirsch a. a. O.

Digitized by Google

ist aber nur der Richter in der Lage und daher muß der Gefängnisvorsteher die richterliche Entscheidung in jedem Falle abwarten, wenn der Verteidiger vor Eröffnung des Hauptverfahrens ohne Anwesenheit eines Beamten mit dem Verhafteten Rücksprache nehmen will.

Die den Verkehr des Verhafteten mit dem Verteidiger einengende Vorschrift des § 148 StPO. verdankt ihre Entstehung einem Kompromiß.[48]) Die Reichsjustizkommission hatte von jeder Kontrolle dieses Verkehrs abgesehen. Demgegenüber forderten die verbündeten Regierungen Überwachung der Unterredungen für den Fall, daß die Haft ursprünglich wegen Kollusionsverdachts verhängt war. Erst der Miquel-Laskersche Kompromißvorschlag brachte die weitergehende jetzige Fassung des § 148, die darauf abstellt, ob z u r Z e i t Kollusionsverdacht besteht. Daß sich in der Kontrolle zweifellos aussprechende Mißtrauen gegen die Verteidigung wurde bei den Beratungen im Reichstag durch den Hinweis auf die Ausdehnung des Kreises der zur Übernahme von Verteidigungen zugelassenen Personen und die hierdurch begründete Gefahr von Kollusionen gerechtfertigt. Der an sich sehr wohl betretbare Mittelweg, die Kontrolle auf die nicht rechtsgelehrten Verteidiger zu beschränken, wurde vom Reichstag verschmäht, trotzdem ein Mann wie G n e i s t sich energisch gegen den „Schildwachtposten" bei einem rechtsgelehrten Verteidiger aussprach. Der Petersburger Gefängniskongreß von 1895 und neuerdings der Straßburger Anwaltstag 1903 und die J. K. V. in Frankfurt a. M. haben die völlige Unbeschränktheit des Verkehrs des Verteidigers mit dem Beschuldigten gefordert, wie sie England,[49]) Frankreich,[50]) Norwegen[51]) und Ungarn[52]) bereits gesetzlich anerkennen. Die Kommission für die Reform unseres Strafprozesses[53]) hat lediglich die bisherige Art der Überwachung durch einen untergeordneten Beamten als verletzend beanstandet und beschlossen, die Unterredungen des Untersuchungsgefangenen mit dem Verteidiger erforderlichenfalls nur durch einen Richter überwachen zu lassen; sie hat es hierbei allerdings nicht als Nachteil erachtet, wenn infolgedessen die Assistenz noch sparsamer angeordnet werden würde als bisher. Schon heute ist die Erteilung „genereller" Sprecherlaubnis seitens des Richters an den Verteidiger nicht selten.[53a])

Auch der s c h r i f t l i c h e V e r k e h r des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt unterliegt nach § 80 GefO. mehrfachen Beschränkungen. Er darf nur mit Genehmigung des Richters stattfinden; ihm sind die ein- und ausgehenden Briefe vorzulegen, sie werden nur dann an ihre Adresse mit schriftlichem Einsichtsvermerk des Richters befördert, wenn ihr Inhalt „keinem Bedenken unterliegt". Die Praxis ist hierbei von übertriebener Ängstlichkeit nicht stets ganz frei. Häufig werden Briefe lediglich deswegen angehalten, weil sie „die Strafsache betreffen". Der Absicht der GefO. dürfte dies nicht entsprechen; gedacht ist bei den „bedenklichen"

---

[48]) Vergl. v. Schwarze, Kommentar zu § 148.
[49]) Vergl. Hetzel a. a. O.
[50]) Ges. vom 8. XII. 1897, Art. 8 (aussitôt après la première comparution).
[51]) Ges. über das gerichtl. Verfahren in Strafs. 1887, § 243.
[52]) StPO. 1896, § 62.
[53]) Prot. I, 131.

[53a]) Der Entwurf (§ 148) schafft Abhilfe: Nur wenn in Casu Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Beschuldigte den Verkehr mit dem Verteidiger zur Kollusion mißbraucht, kann der Richter anordnen, daß Unterredungen mit dem Verteidiger in seiner Gegenwart stattzufinden haben.

Digitized by Google

Briefen vielmehr, abgesehen von obszönen, mit der Ordnung im Gefängnis nicht im Einklang stehenden Schriftstücken, offenbar an die Fälle, daß der Briefschreiber dem Adressaten eine dem Beschuldigten günstige Auffassung von der Strafsache insinuieren will, daß kolludiert, mithin der Untersuchungszweck gefährdet wird. Die nicht beanstandeten Briefe sind dem Untersuchungsgefangenen mit möglichster Beschleunigung zu übergeben.[54]) Hat er sie gelesen, so darf er sie nicht ohne weiteres behalten, sondern nur dann, wenn der Richter es genehmigt; andernfalls sind die Briefe bis zu seiner Entlassung für ihn aufzubewahren. In der Praxis werden die Briefe fast ausnahmslos dem Verhafteten belassen. Wie oft und an wen der Untersuchungsgefangene schreiben will, darüber entscheidet wiederum der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen der Vorschrift des § 116 Abs. 2 StPO. Mit Recht hat das Oberlandesgericht Hamburg[55]) in einem Beschluß vom 6. April 1899 es als über die Grenzen dieser Vorschrift hinausgehend und demzufolge unzulässig bezeichnet, die Schreiberlaubnis mit der Motivierung zu versagen, daß nur eine Korrespondenz über unaufschiebbare und dringend notwendige geschäftliche, Familien- und persönliche Verhältnisse gestattet sei, eine weitergehende Korrespondenz aber die Ordnung im Gefängnis gefährde. Die Absendung von Gesuchen und Beschwerden an Behörden ist dem Untersuchungsgefangenen nach allgemeiner Ansicht stets zu gestatten.

Der schriftliche Verkehr mit dem Verteidiger ist nach § 148 Abs. 2 StPO. dadurch beschränkt, daß der Richter bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens schriftliche Mitteilungen des Verteidigers und an ihn anhalten kann, falls ihm die Einsicht nicht gestattet wird. Während die Beschränkung des mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger nur für den Fall der Kollusionshaft bestimmt ist, gilt die Kontrolle des schriftlichen Verkehrs für jede Haftart. Die Reformkommission[56]) hat auch hier davon abgesehen, den Verkehr des Verhafteten mit seinem Verteidiger freier zu gestalten, und zwar mit Rücksicht auf die Gefahr der Durchstechereien. Insbesondere hier wäre es angebracht, einen Unterschied zwischen rechtsgelehrten und anderen Verteidigern zu machen. Das Bedenken, daß etwa andere Personen unter der Firma des Anwalts mit dem Gefangenen korrespondieren und so Kassiber zustecken könnten, ließe sich durch Vereinbarung einer bestimmten Chiffre zwischen dem Anwalt und der Gefängnisverwaltung beheben.[57])

Der Frage nach dem Maße der Beschränkung des Verkehrs des Verhafteten mit dem Verteidiger wohnt aber eine nur untergeordnete Bedeutung gegenüber der Hauptfrage bei, ob und wann denn überhaupt dem Untersuchungsgefangenen Beschrän-

[54]) Erst neuerdings (Januar 1908) sind von den Vorstandsbeamten des Kammergerichts zweckmäßige, diese Beschleunigung auch auf die abzusendenden Briefe des Untersuchungsgefangenen ausdehnende Anordnungen erlassen worden.

[55]) Goltd. Arch., Bd. 45, S. 296. Vergl. auch Beschl. des OLG. Celle v. 25. 3. 1890, (a. a. O. Bd. 38, S. 78), betr. die Befugnis des Verhafteten, an den König zu schreiben.

[56]) Prot. I, S. 131. Der Entwurf macht die Zurückweisungsbefugnis des Richters bezüglich schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger von der gleichen Voraussetzung wie die Überwachung des mündlichen Verkehrs abhängig (s. oben Anm. [53a]).

[57]) Vergl. auch Bozi, a. a. O.

kungen in dem Verkehr mit der Außenwelt aufzuerlegen sind, und ob das geltende Recht hier ein klares Prinzip erkennen läßt. Oberste Richtschnur ist die Vorschrift des § 116 Abs. 2, die, abgesehen von der nicht prinzipiell, sondern nur tatsächlich mehr oder weniger ins Gewicht fallenden Ordnung im Gefängnisse, maßgebend sein läßt den „Zweck der Haft". Es kann — insbesondere auch nach den Motiven — keinem Zweifel unterliegen, daß hier der konkrete Haftzweck gemeint ist.[58]) Hiernach kommt alles darauf an, ob die Haft wegen Fluchtverdachts oder Kollusionsverdachts verhängt ist. Nur letzterenfalls wird vom Standpunkt einer Gefährdung des Haftzewcks eine Beschränkung des Verkehrs des Verhafteten mit außenstehenden Personen gerechtfertigt sein. Mithin bewegen sich die den mündlichen Verkehr des Verhafteten mit dem Verteidiger vor Eröffnung des Hauptverfahrens einer Aufsicht, soweit auch Kollusionsverdacht vorliegt, unterwerfenden Bestimmungen des § 148 Abs. 3 StPO. im Rahmen des Grundsatzes des § 116 Abs. 2. Darüber hinaus gehen aber die den schriftlichen Verkehr zwischen beiden bei jeder Haftart beschränkenden Bestimmungen des § 148 Abs. 2 StPO. Dasselbe gilt von den Vorschriften der GefO., soweit sie den Verkehr des Verhafteten mit allen Außenstehenden auch im Falle der bloßen Fluchthaft zum Gegenstand der richterlichen Kontrolle machen. Mithin ist ihre Rechtsgültigkeit bedenklich. Zu retten ist sie nur dann, wenn man sie aus der in § 148 Abs. 2 StPO. enthaltenen reichsrechtlichen Modifizierung des Grundsatzes des § 116 Abs. 2 a. a. O. in Ansehung des schriftlichen Verkehrs des Verhafteten mit dem Verteidiger per argumentum a potiori ableitet. Sowohl die letztgedachte Bestimmung der StPO. als die den mündlichen und schriftlichen Verkehr des Verhafteten mit allen außenstehenden Personen ohne Rücksicht auf den konkreten Haftgrund beschränkenden Vorschriften der Gefängnisordnung würden nur dann in Einklang mit dem den konkreten Haftgrund entscheiden lassenden § 116 Abs. 2 stehen, wenn diese Gesetzesstelle auf einen allgemeinen, die Flucht- und die Kollusionsgefahr im Auge habenden Haftzweck abstellen würde, wenn m. a. W. nach der StPO. jede Haft, also auch die Fluchthaft, zugleich Kollusionshaft wäre, wie dies in der österreichischen StPO. (§ 183) der Fall ist. Diese läßt in allen Fällen der Haft Beschränkungen zu, welche erforderlich sind, um sich der Person des Beschuldigten zu versichern und „für die Untersuchung nachteilige Verabredungen zu hindern", sie stempelt mithin im Gegensatz zur RStPO. jede Haft in der Art ihres Vollzuges zur Kollusionshaft.

Von anderer Seite wird zwar anerkannt, daß das Ob und Wie der Beschränkungen des Verkehrs des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt gemäß § 116 Abs. 2 a. a. O. zunächst abhängt von dem seinen Inhalt durch die konkreten Voraussetzungen der angeordneten Haft erhaltenden Haftzweck, es wird jedoch für die Kontrolle des fraglichen Verkehrs in jedem Falle ein Zweckmäßigkeitsgrund geltend gemacht, von dem aus betrachtet, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich jede Haft auch als Kollusionshaft in Frage kommt. Man weist nämlich darauf hin,[59]) daß erfahrungsgemäß fast ausnahmslos jeder Untersuchungsgefangene, auch der nur wegen Fluchtverdachts Verhaftete, Neigung verspüre, sofern er Gelegenheit habe, durch Besuche oder Briefe mit der Außenwelt Füh-

[58]) Vergl. auch Rosenberg, a. a. O.

[59]) Insbes. Feisenberger bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, S. 264.

lung zu gewinnen, Einflüsse in seinem Interesse geltend zu machen — eine Neigung, die psychologisch in dem natürlichen Drange, baldmöglichst die Freiheit wiederzuerlangen, begründet sei und daher auch bei solchen Verhafteten entstehe, die, wenn sie in der Freiheit wären, nicht kolludieren würden. Es kann nicht anerkannt werden, daß diese Kollusions m ö g l i c h k e i t eines von vornherein nur Fluchtverdächtigen die von der GefO. festgesetzten Beschränkungen des mündlichen und schriftlichen Verkehrs rechtfertigen. Die beschränkenden Maßnahmen sind vielmehr nur dann begründet, wenn T a t s a c h e n vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß der Verhaftete Spuren der Tat vernichten, oder daß er Zeugen oder Mitschuldige zu einer falschen Aussage oder Zeugen dazu verleiten werde, sich der Zeugnispflicht zu entziehen (§ 112 StPO.). Der bloße, sich nicht auf T a t s a c h e n, sondern lediglich auf die Vermutung gründende Verdacht, daß der Untersuchungsgefangene einer allgemeinen menschlichen Neigung folgend kolludieren werde, reicht ebenso wie er die Verhängung der Haft gegenüber dem in Freiheit befindlichen Beschuldigten nicht rechtfertigt, auch zur Beschränkung des Verkehrs des verhafteten Beschuldigten nicht aus. Diese Beschränkung stellt vielmehr in diesem Falle eine über den Zweck der Haft hinausgehende Härte dar: eine in keinem Verhältnis zu der e t w a vermiedenen Kollusion stehende Abschließung des Gefangenen mit ihren oft unheilbaren Schäden für sein Erwerbs- und Familienleben.[60]) Hiernach läßt sich de lege ferenda die Kontrolle des Verkehrs des Verhafteten mit der Außenwelt n u r i m F a l l e d e r K o l l u s i o n s h a f t aufrechterhalten. Wenn auch die Kollusionshaft, die England bereits nicht mehr kennt, weswegen hier überhaupt keine Aufsicht über den Verkehr des Untersuchungsgefangenen geübt wird,[61]) später einmal als ein in seiner praktischen Bedeutung oft weit überschätztes Überbleibsel des Inquisitionsprozesses — als der alte Geständniszwang in neuer Form — auch bei uns fallen wird, so ist doch ihre vorläufige Aufrechterhaltung in der neuen StPO. nach den Beschlüssen der Kommission und dem Inhalt des Entwurfs zu erwarten. Die Beschränkungen des commercium des Verhafteten werden daher praktische Bedeutung auf jeden Fall behalten.[61a])

Während nach alledem die Behandlung der Untersuchungsgefangenen in der Anstalt selbst nicht davon abhängig ist, ob sie wegen Kollusions- oder Fluchtverdachts verhaftet sind, vielmehr gleichmäßig nach der Seite der den Gefangenen aufzuerlegenden Beschränkungen vornehmlich durch die Grenze der Aufrechterhaltung der Ordnung in Gefängnisse bestimmt wird, erhält die Behandlung des Verhafteten nach außen hin ihren beschränkenden Inhalt im wesentlichen durch den konkreten Haftzweck.

---

[60]) Mit Recht weist Bozi a. a. O. auch darauf hin, daß infolge der Korrespondenz-Kontrole die nach § 51 StPO. zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen durch ihre schriftlichen Mitteilungen zur Überführung des Berechtigten beitragen, dessen Prozeßlage hiemit gegenüber dem in Freiheit Befindlichen verschlechtert wird.

[61]) Vergl. Hetzel a. a. O.

[61a] § 117 Abs. 1 des Entwurfs bestimmt den Zweck der Untersuchungshaft dahin, die Gefahr der Flucht oder (nicht: „und") die Gefahr der Erschwerung der Wahrheitsermittelung abzuwenden. Mithin ist in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht Absatz 3, welcher von den dem Gefangenen aufzuerlegenden Beschränkungen handelt, und hierbei „den Zweck der Haft" entscheiden läßt, so auszulegen, daß es auf den konkreten Haftzweck, Flucht o d e r Kollusion zu verhüten, ankommt.

Auf diese Weise treten in Bezug auf den Verkehr mit der Außenwelt zwei verschiedene Klassen von Untersuchungsgefangenen hervor: die in Fluchthaft und die in Kollusionshaft sitzenden, von denen die letzteren — eine natürliche Folge der Art und Weise ihrer früheren, der Untersuchung gefährlichen Betätigung in der Freiheit — ungünstiger gestellt sind.[62])

Bei bloßem Fluchtverdacht kann der Gesetzgeber in der günstigeren Behandlung sogar noch einen Schritt weiter gehen. Naturgemäß ist, so frei er auch gestaltet sein mag, der Aufenthalt in der Anstalt mit erheblichen Beschränkungen gegenüber dem Leben in der Freiheit verknüpft. Es ist nun nicht stets notwendig, diese Beschränkungen dem Fluchtverdächtigen aufzuerlegen. Der Erfolg, ihn an der Flucht zu verhindern, wird sich nicht selten durch weniger einschneidende Mittel erreichen lassen, und zwar durch minder große Einschränkungen der Bewegungsfreiheit des Beschuldigten. Bereits das republikanische Rom kannte als mildere Formen der Untersuchungshaft die „custodia libera" und die „custodia militaria".[63]) Für moderne Verhältnisse kommt der bereits früher in Deutchland verwertete[64]) und in Frankreich (art 34 Code d'instr.) noch heute geltende Hausarrest in Frage, der sich geeignetenfalls noch dahin modifizieren ließe, daß der Beschuldigte lediglich gehalten ist, täglich oder in größeren Zwischenräumen sich bei der Polizeibehörde zu melden. Namentlich aber drängen die neuzeitlichen Tendenzen zur Schaffung eines Ersatzes für die ordentliche, d. h. in Gefängnissen vollzogene Untersuchungshaft bei jugendlichen Personen, auf die erfahrungsgemäß die Atmosphäre des Untersuchungsgefängnisses besonders niederdrückend und verderblich wirkt. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Errichtung von „Jugendgerichtshöfen" hat die Justizverwaltung neuerdings Anweisung gegeben, Jugendlichen gegenüber möglichst gelindere Maßnahmen wie die Unterbringung in einer Anstalt oder Familie an Stelle der Verbringung in das Gefängnis zu ergreifen.[65])

Wie der Strafvollzug — und hiermit gelangen wir zu dem letzten, aber deshalb nicht unwichtigen Gliede im Vollzuge der Untersuchungshaft — seinen Zweck verfehlt, wenn nicht dem zur Entlassung kommenden Strafgefangenen die Rückkehr in die bürgerliche Gesellschaft durch materielle Hilfe ermöglicht wird, so gilt dasselbe entsprechend, und zwar in noch gesteigertem Maße, für die Untersuchungshaft. Dem Untersuchungsgefangenen, der sich eines Rechtsbruchs, wenigstens erweislich, nicht schuldig gemacht hat, ist die fürsorgerische Tätigkeit, die sich der entlassenen Strafgefangenen schon seit geraumer Zeit annimmt, erst recht zuzuwenden. Bereits der Petersburger Gefängniskongreß 1895 und

[62]) Vergl. auch § 117 StPO., der die Verschonung des Angeschuldigten mit der Untersuchungshaft gegen Sicherheitsleistung nur bei Fluchtverdacht zuläßt.

[63]) Bei der c. libera wurde der Beschuldigte einem höheren Beamten übergeben, der für seinen Verbleib im Orte verantwortlich war; bei der c. militaria wurde der Besch. überall von zwei Soldaten begleitet. Vergl. Zucker, Die Untersuchungshaft, S. 55.

[64]) Preuß. Crim.-O. § 223; vergl. im übrigen Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren 1827, § 67.

[65]) Vergl. Köhne bei Aschrott a. a. O. S. 626 f., einen neueren Zürcher Gesetzentwurf bei Rosenberg a. a. O. Der Entwurf einer neuen deutschen StPO. bestimmt in § 368, daß die Vollziehung der Untersuchungshaft unterbleibt, wenn deren Zweck durch die Unterbringung des Jugendlichen in einer Erziehungsanstalt oder durch andere Maßnahmen, insbesondere mit Unterstützung eines Fürsorgevereins, erreicht werden kann.

die Rheinisch-Westfälische Gefängnisgesellschaft 1896[66]) haben sich dafür ausgesprochen, daß allen Untersuchungsgefangenen, die unter Aufhebung des Haftbefehls entlassen werden, bei der Entlassung Reise- und Tagegelder nach den für Strafgefangene geltenden Bestimmungen zu gewähren sind, damit sie möglichst schnell in die Heimat gelangen. Bislang sind die auf Strafgefangene bezüglichen Unterstützungsvorschriften des § 88 GefO. noch nicht auf Untersuchungsgefangene ausgedehnt worden. Es sollte dies baldigst geschehen; denn — die Frage hat mit der reichsgesetzlich geregelten Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft nichts zu tun — es bedeutet für den Untersuchungsgefangenen eine Härte und eine Gefahr für die Sicherheit der Gesellschaft, wenn der aus dem Gefängnis entlassene Verhaftete, aller Mittel entblößt, auf sich und den guten Willen der Arbeitgeber angewiesen ist.

Die hauptsächlichen Ergebnisse der Erörterung, soweit sie eine Kritik des geltenden Rechtszustandes enthalten oder ihn gegenüber Neuerungsvorschlägen kritisch vertreten bezw. ausbauen, werden in nachstehenden 9 Thesen zusammengefaßt:

A. Thesen, die auf eine möglichste Differenzierung des Vollzuges der Untersuchungs- und Strafhaft abzielen:

1. Die Trennung der Untersuchungs- und Strafgefangenen ist obligatorisch vorzuschreiben. Die zur Bewahrung der Untersuchungsgefangenen bestimmten Anstalten sind unter besonderem Namen von den Strafanstalten zu trennen.
2. Allgemeiner Arbeitszwang während der Untersuchungshaft ist auch in der Form der Disziplinierung der Nichtleistung eines übernommenen Arbeitspensums zu verwerfen. Nur bestimmten Personenkategorien (rückfälligen Bettlern, Zuhältern usw.) gegenüber kann im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnisse Arbeitszwang in casu eintreten.
3. Dem Verhafteten ist ein Recht auf Arbeit zuzugestehen. Sein Arbeitspensum und seine Entlohnung hat sich von den bei den Strafgefangenen angewandten Sätzen vorteilhaft zu unterscheiden.
4. Der Kreis der dem Untersuchungsgefangenen gegenüber anwendbaren Disziplinarmittel ist tunlichst zu beschränken.
5. Fesselung des Untersuchungsgefangenen zur Verhütung einer Selbstentleibung und Disziplinierung wegen Fluchtversuchs ist unzulässig.
6. Die Entscheidung über die dem Untersuchungsgefangenen aufzuerlegenden Beschränkungen, einschließlich der Disziplinargewalt, ist in den Händen des Richters zu belassen. Zur Vermeidung eines natürlichen Übergewichts der leicht mit der Gefängnisordnung (Reglement) identifizierten Ordnung im Gefängnis ist die richterliche Kompetenz noch in der Weise zu stärken, daß in allen Haftfällen der Richter ausdrücklich darüber zu befinden hat, ob die allgemeinen Regeln über den Vollzug der Untersuchungshaft oder ob und welche Abweichungen Platz greifen.

   Ausgleichsweise ist dem Gefängnisvorsteher ein Beschwerderecht gegen die bezüglichen richterlichen Verfügungen, einschließlich der Disziplinarverfügungen, zu gewähren.

[66]) Blätter f. Gefängniskunde, Bd. 30, S. 421.

B. These, die auf einen möglichst freien Verkehr des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt abzielt.

7. Der mündliche und schriftliche Verkehr des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt unterliegt nur im Falle der Kollusionshaft richterlicher Kontrolle.

Auch im Falle der Kollusionshaft ist dem Verhafteten freier Verkehr mit dem rechtsgelehrten Verteidiger zu gestatten.

C. Anhangsthesen.

8. Neben die ordentliche Untersuchungshaft sollen, namentlich für Jugendliche, mildere Formen des Vollzuges treten.

9. Die zur Entlassung kommenden Untersuchungsgefangenen sind geeignetenfalls aus Staatsmitteln zu unterstützen.

Steht dem Gefängnisvorsteher und steht der Staatsanwaltschaft die Beschwerde gegen richterliche Entscheidungen betreffs Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene zu?

Von Staatsanwalt a. D. Schweichler.

Es hat sich die Frage erhoben, ob dem Gefängnisvorsteher und der Staatsanwaltschaft, oder wenigstens einem dieser beiden, ein Beschwerderecht zusteht gegen die richterlichen Entscheidungen betreffend Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene. Ein Interesse sowohl des Gefängnisvorstehers wie der Staatsanwaltschaft an den diesbezüglichen Entscheidungen ist unverkennbar. Wenn die Gefängnis-Ordnung vom 30. Dezember 1898 dem Gefängnisvorsteher Disziplinargewalt über Strafgefangene beilegt, so beruht das darauf, daß es notwendig erscheint, daß der Gefängnisvorsteher die Ordnung im Gefängnisse aufrecht zu erhalten vermag. Die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnisse bedingt aber auch eine Disziplinargewalt über Untersuchungsgefangene, bezüglich ihrer jedoch besagen § 59 Abs. 1, § 95 Abs. 2 der Gefängnis-Ordnung, daß nur der Richter bezw. das Gericht zur Verhängung der Disziplinarstrafen zuständig ist. Es ist nun möglich, daß bei einem Disziplinarvergehen mehrere Untersuchungsgefangene, die verschiedenen Richtern unterstehen, in gleicher Weise beteiligt sind, und daß in diesem Falle der eine Richter die Verhängung einer Strafe gegen den ihm unterstehenden Untersuchungsgefangenen ablehnt, der zweite und dritte Richter zwar Strafen verhängen, aber der eine diese, der andere jene Strafe. Es ist ferner möglich, daß ein Richter eine Disziplinarstrafe festsetzt, die nach Lage der Umstände unangemessen niedrig oder sonstwie ungeeignet erscheint, daß ein anderer Richter eine Neigung zeigt, die Verhängung von Disziplinarstrafen abzulehnen. In allen derartigen Fällen hat der Gefängnisvorsteher zweifellos ein Interesse an Anfechtung der richterlichen Entscheidung, und ebenso die Staatsanwaltschaft als diejenige Behörde, die vom Gesetze im allgemeinen dazu berufen ist, Hüterin der öffentlichen Interessen zu sein.

Die Beantwortung der Frage, ob der Gefängnisvorsteher und die

Digitized by Google

Staatsanwaltschaft entsprechend diesen ihren Interessen ein Beschwerderecht gegen die richterlichen Entscheidungen betreffend Festsetzung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene haben, wird sich darnach richten, ob die Disziplinargewalt des Richters über Untersuchungsgefangenen sich lediglich auf die Gefängnis-Ordnung, oder ob sie sich auf die Strafprozeß-Ordnung gründet.

Ersterenfalls würde dem Gefängnisvorsteher und der Staatsanwaltschaft das Beschwerderecht abzusprechen sein, denn die Gefängnis-Ordnung hebt in § 59 Abs. 2 wohl hervor, daß der Gefangene ein Beschwerderecht gegen die Festsetzung von Disziplinarstrafen habe, enthält aber weder hier noch anderwärts eine Bestimmung, aus der sich ein Beschwerderecht des Gefängnisvorstehers oder der Staatsanwaltschaft gegen die richterlichen Entscheidungen betreffend Verhängung von Disziplinarstrafen folgern ließ.

Die Zuständigkeit des Richters bezw. des Gerichts für Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene ist jedoch nicht aus der Gefängnis-Ordnung, sondern aus der StPO. herzuleiten; § 59 Abs. 1 und § 95 Abs. 2 der Gefängnis-Ordnung treffen damit, daß sie die Disziplinargewalt über Untersuchungsgefangene dem Richter unterstellen, keine selbständige Bestimmung, sondern interpretieren nur den § 124 StPO. Wenn in § 124 StPO. gesagt wird, daß „die auf die Untersuchungshaft, einschließlich der Sicherheitsleistung bezüglichen Entscheidungen von dem zuständigen Gericht erlassen werden"; so umfaßt der Ausdruck „die auf die Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen" nicht nur solche über die in § 116 fg. StPO. ausdrücklich aufgezählten Fragen, sondern alle Entscheidungen über die Art und Weise der Vollstreckung der Untersuchungshaft.

An sich könnte allerdings scheinen, als ob die Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene, also die Aufrechterhaltung der Disziplin im Gefängnisse, etwas ist, was außerhalb des eigentlichen Strafprozesses steht, daß daher die StPO. sich geflissentlich mit dieser Angelegenheit nicht befaßt, und somit § 124 StPO. diesbezügliche richterliche Entscheidungen nicht beträfe. Dieser Einwand greift aber für unsere StPO. nicht durch, denn auch in § 116 weist die StPO. dem Richter Entscheidungen über die Behandlung der Untersuchungsgefangenen im Gefängnisse zu, obwohl diese Behandlung der Untersuchungsgefangenen im Gefängnisse gleichfalls etwas ist, was außerhalb des eigentlichen Strafprozesses liegt.

Der Inhalt des § 116 StPO. zeigt jedoch nicht nur, daß die Regelung der Zuständigkeit für die Disziplinargewalt über Untersuchungsgefangene durch die Strafprozeßordnung dem Wesen unserer StPO. nicht widerspräche, daß § 124 StPO. die Regelung jener Zuständigkeit sehr wohl mitumfassen könne, sondern beweist sogar daß der § 124 StPO. die Regelung der Zuständigkeit für Festsetzung der Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene mitumfaßt.

Die StPO. ist in ihren Bestimmungen über die Untersuchungshaft durchweg von dem Bestreben geleitet, den Untersuchungsgefangenen möglichst zu schützen und weist aus diesem Grunde in der auch sonst von ihr an den Tag gelegten Auffassung, daß der Richter objektiver sei als die Verwaltungsbehörden (vgl. §§ 98, 100, 105, 110, 126 Abs. 2 StPO.), die Entscheidungen über die Art der Vollstreckung der Untersuchungshaft in § 116 dem Richter zu. Es würde daher nicht verständ-

lich sein, wenn die StPO. nach § 116 verhältnismäßig so untergeordnete Maßnahmen der Untersuchungshaft wie Gewährung von Bequemlichkeiten ausdrücklich dem Richter vorbehalten, dagegen die Frage der Regelung der Zuständigkeit für die bedeutend mehr einschneidende Maßnahme der Verhängung von Disziplinarstrafen irgend welchen im Verwaltungswege zu erlassenden Vorschriften stillschweigend überlassen haben sollte. Aus dem Umstande, daß § 95 Abs. 2, § 59 Abs. 1 GefO. im Falle der Richtigkeit dieser Auslegung des § 124 StPO. etwas Überflüssiges aussprechen würde, kann nicht die Unrichtigkeit der Auslegung gefolgert werden; die Gefängnis-Ordnung wiederholt auch an anderen Stellen zum Zwecke der Instruktion der Gefängnisbeamten — zum Teile sogar wörtlich — Bestimmungen der StPO., so z. B. in § 91 Abs. 1, 2 den Abs. 3, 4 des § 116 StPO.

Ist hiernach die richterliche Zuständigkeit für Festsetzung der Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene aus § 124 StPO., und nicht etwa aus der Gefängnis-Ordnung herzuleiten, so ist auch die Frage, wem gegen jene richterliche Entscheidungen ein Beschwerderecht zu steht, aus dem Inhalte der **StPO.** zu beantworten.

Der Einwand, daß die Beschwerde der StPO. nur auf prozessuale richterliche Entscheidungen Anwendung zu finden habe, und die Festsetzung von Disziplinarstrafen gegen den Untersuchungsgefangenen außerhalb des eigentlichen Strafprozeßverfahrens liege, geht fehl. Nach § 346 StPO. ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegen „alle von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des Untersuchungsrichters, des Amtsrichters und eines beauftragten oder ersuchten Richters zulässig, soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht". Da §§ 116, 124 StPO. dem Richter bezw. dem Gericht auch die Zuständigkeit für Entscheidungen über die Art und Weise der Untersuchungshaft und die Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene zuweisen und diese Entscheidungen „nicht ausdrücklich einer Anfechtung entziehen", sind nach § 346 StPO. mithin auch diese Entscheidungen mit der Beschwerde angreifbar.

Maßgebend für die Legitimation zur Beschwerde sind sonach die allgemeinen Bestimmungen der §§ 338, 346 StPO. Nach § 338 steht die Beschwerde gegen die fraglichen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten zu, nach § 346 Abs. 2 würde der Gefängnisvorsteher gleichfalls ein Beschwerderecht haben, wenn er zu den von der Entscheidung „betroffenen" Personen zu zählen wäre. Diesen Personen ist er jedoch nicht beizuzählen.

Sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, wie insbesondere nach dem Sprachgebrauch der StPO. sind unter der Bezeichnung „die von der Entscheidung betroffenen Personen" nur solche, welche persönlich durch die Entscheidung irgendwie berührt werden, zu verstehen, nicht dagegen auch solche, welche lediglich ein sonstiges Interesse an der Entscheidung haben. Von der gegen Untersuchungsgefangene verhängten bezw. zu verhängenden Disziplinarstrafe wird persönlich nur der Untersuchungsgefangene berührt, der Gefängnisvorsteher hat lediglich ein Interesse an der Verfügung der Strafe, wie in Strafsachen wider Fürsorgezöglinge die Erziehungsanstalt, in Steuerstrafsachen die Steuerbehörde ein Interesse an der ergehenden Entscheidung hat, wäh-

rend persönlich berührt von den gegen sie in diesen Strafsachen ergehenden Entscheidungen nur der Fürsorgezögling und der Steuerdefraudant wird. Die StPO. gebraucht den Ausdruck „Die Betroffenen“ auch an anderen Stellen, so indem sie in § 98 Abs. 2 von den von der Beschlagnahme „Betroffenen“ spricht und in § 35 bestimmt, daß Entscheidungen, wenn sie in Anwesenheit „der davon betroffenen Person“ ergehen, ihr durch Verkündung bekannt zu machen, andernfalls ihr dagegen zuzustellen sind. Zeigt schon § 98 Abs. 2, daß unter dem von der Beschlagnahme „Betroffenen“ nur derjenige zu verstehen ist, der persönlich durch die Beschlagnahme berührt wird, so ist der Sinn des Ausdrucks „der von der Entscheidung Betroffenen“ noch zweifelloser aus § 35 zu entnehmen. Wollte man den Ausdruck dahin verstehen, daß unter ihn auch diejenigen fallen, die, ohne von der Entscheidung berührt zu werden, nur irgend ein Interesse an der Entscheidung haben, so so müßte nach § 35 StPO. in Strafsachen wider Fürsorgezöglinge die Mehrzahl der wider die Fürsorgezöglinge ergehenden Entscheidungen auch dem Vorsteher der Erziehungsanstalt, in Steuerstrafsachen die Mehrzahl der wider die Steuerdefraudanten ergehenden Entscheidungen auch der Steuerbehörde, und bei Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene die die Bestrafung verhängende oder ablehnende Entscheidung auch dem Gefängnisvorsteher zugestellt werden. Beispielsweise kann die Erziehungsanstalt ein Interesse daran haben, daß ein entwichener und wegen Straftaten verfolgter Fürsorgezögling nicht in Untersuchungshaft genommen wird und so mit Gefängnisinsassen in Berührung kommt; wollte man aus diesem Grunde den Vorsteher der Erziehungsanstalt als von dem Haftbefehl „betroffen“ ansehen, so müßte der Haftbefehl nach § 35 StPO. auch dem Vorsteher der Erziehungsanstalt zugestellt werden, und hätte dieser gegen den Haftbefehl nach § 346 Abs. 2 StPO. ein Beschwerderecht.

Diese Folgerungen zeigen deutlich, daß unter den von den Entscheidungen und Verfügungen „Betroffenen“ nur diejenigen gemeint sind, welche von jenen Entscheidnngen persönlich berührt werden, daß demnach dem Gefängnisvorsteher gegen die richterlichen Entscheidungen betreffs Festsetzung von Disziplinarstrafen gegen Untersuchungsgefangene kein Beschwerderecht zusteht. Die Interessen, welche der Gefängnisvorsteher an jenen Entscheidungen hat, wahrzunehmen, ist Sache der Staatsanwaltschaft. Sie hat dazu wiederholt Gelegenheit, da sie nach § 33 StPO. vor Erlaß der richterlichen Entscheidung gehört werden muß, und nach Erlaß der Entscheidung sie mit der Beschwerde anfechten kann.

Wenn § 59 Abs. 2 der Gefängnis-Ordnung nur von einem Beschwerderecht des Gefangenen gegen die Festsetzung der Disziplinarstrafen, nicht auch von einem gleichen Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft spricht, so steht dieser Umstand der Auffassung, daß auch die Staatsanwaltschaft beschwerdeberechtigt sei, nicht entgegen. Die Gefängnis-Ordnung will in § 59 Abs. 2 nichts weiter als im Interesse des Gefangenen die Gefängnisbeamten und bezw. auch die Gefangenen dahin zu instruieren, daß der Gefangene (nach der StPO.) das Recht der Beschwerde gegen die richterlichen Entscheidungen betreffs Verhängung der Disziplinarstrafen habe. Diese Instruktion auch darauf auszudehnen, daß der Staatsanwaltschaft gleichfalls ein Beschwerderecht zustehe, hat die Gefängnis-Ordnung ihrem Zweck und Wesen nach keine Veranlassung.

Digitized by Google

Zum Seestrafprozeßrecht

von Dr. Leopold Perels, Privatdozenten in Heidelberg.

In gewissen Strafsachen „erfolgt" nach § 122 der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 „die Untersuchung und Entscheidung durch das Seemannsamt", gegen dessen Bescheid dann § 124 den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zuläßt.

Ein Reichsgerichtsurteil vom 12. Juli 1906 (Entsch. in Strafs. Bd. 39 S. 129) erklärt demungeachtet die vorgängige Anrufung des Seemannsamtes für entbehrlich. Gegen dieses Urteil, welches sich, ohne es zu sagen, mit der in der Literatur überwiegenden Auffassung in Widerspruch setzt,[1]) sind die nachstehenden Ausführungen gerichtet; doch wollen sie auch über jene Einzelfrage hinaus zur Erkenntnis des Seestrafprozeßrechtes beitragen.

Die Entscheidung wird zunächst historisch damit begründet, daß § 122 der neuen SeemO. (§ 101 der SeemO. vom 27. Dezember 1872) dem § 1 des preußischen Gesetzes vom 14. Mai 1852 über die vorläufige Straffestsetzung wegen Übertretungen entspreche. Denn in den Motiven des erwähnten § 101 heiße es: „Für die Bestimmungen über das Verfahren in den . . . Straffällen haben im wesentlichen die Vorschriften des . . . Gesetzes . . . vom 14. Mai 1852 zum Vorbilde gedient." Nach dem letzteren Gesetz ist nun zwar die Polizeiverwaltung nur „befugt" zur Straffestsetzung, während nach der SeemO. die Untersuchung und Entscheidung durch das Seemannsamt „erfolgt". Allein, meint das Reichsgericht, es fehle an ausreichenden Gründen dafür, daß durch die abweichende Fassung auch ein grundsätzlicher Unterschied in der Sache bedingt sein sollte. Die Kommission habe die Zuständigkeit offenbar nicht beschränken wollen. Auch sei das Gesetz nicht etwa darauf ausgegangen, die Gerichtszuständigkeit möglichst auszuschließen. Nach der ganzen Richtung der SeemO., die ja fraglos in weitem Umfange eine Beteiligung der ordentlichen Gerichte gebietet, sei anzunehmen, daß § 122, trotz der Fassung, lediglich eine Befugnis, aber keine ausschließliche Zuständigkeit der Seemannsämter begründe.

Was zuvörderst die Entstehungsgeschichte des § 101 anlangt, so ist ihre Heranziehung um so bedenklicher, als sie klar beweist, daß das Gesetz etwas Anderes sagt als seine Vorlage. Nach dem Reichsgericht meint es aber dasselbe. Bei Prüfung dieser Frage werden die Ideen der Gesetzesverfasser mit dem Sinn des Gesetzes selbst identifiziert, was ebenfalls gewagt erscheint, mag man sonst über Auslegung denken wie man will. Überdies ist die vorliegende Frage in den Vorarbeiten gar nicht behandelt, so daß man sich auf Folgerungen aus dem Stillschweigen beschränkt sieht. Ähnlich steht es mit der Negative, die SeemO. sei nicht „darauf ausgegangen, die Beteiligung der Gerichte möglichst auszu-

[1]) Ebenso wie das Reichsgericht: Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches, 2. u. 3. Aufl., Anm. 3 u. 5 zu § 101 der früheren bezw. Anm. 4 u. 6 zu § 122 der geltenden SeemO. — Anderer Ansicht: Kleinfeller in der 1. Aufl. des gedachten Werkes, Anm. 3 zu § 101; Meves, Die strafr. Bestimmungen . . . in der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 . . . Separatabdruck aus Bezolds Gesetzgebung des Deutschen Reiches, Teil III, Bd. 1, S. 88; Ph. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2² (1897), S. 964; E. Loewe, Die Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 (1903), S. 100; Lindenberg, DJZ. 1907, Sp. 322 f. (hier schon Polemik gegen das Reichsgerichtsurteil).

schließen". Soll das Gesetz anders verstanden werden als es lautet, so müßte positiv erwiesen werden, welche inneren Gründe dazu zwingen. An solchen fehlt es indessen. Wenn das Urteil sie in der ganzen Richtung des Gesetzes zu finden meint, so übersieht es zum mindesten die geschichtliche Entwicklung der früheren Seemannsordnung zur jetzigen, welch letztere sich nicht als bloß abändernde Novelle gibt, sondern als ein neues, selbständiges Ganzes. In der geltenden Seemannsordnung tritt der Gedanke einer Standesgerichtsbarkeit — deren Zweckmäßigkeit wir natürlich nicht nachzuprüfen haben — deutlich hervor. Neu ist dabei namentlich die Notwendigkeit schiffahrtskundiger Beisitzer gerade für die in Rede stehenden Fälle (dies nach SeemO. § 5 II allerdings nur, soweit ein Seemannsamt innerhalb des Reichsgebietes in Frage kommt, aber eben hier wird auch die Konkurrenz der ordentlichen Gerichte am ehesten praktisch werden); darin liegt ein wesentlicher Unterschied des seemannsamtlichen Verfahrens von dem der Polizei in sonst ähnlichen Fällen.

Bei der reichsgerichtlichen Auffassung fehlt außerdem ein befriedigender Anhalt dafür, wann die Gerichte, wann die Seemannsämter tätig werden. Letztere kämen nach dem Reichsgericht (S. 130) nur für den „Regelfall" in Betracht. Zulässig bliebe aber stets ein sofortiges gerichtliches Einschreiten. Wollte man, etwa aus Gründen tatsächlicher Art, über diese Konsequenz hinwegsehen, so würde die angefochtene Meinung immerhin noch juristische Eigentümlichkeiten im Gefolge haben:

1. Es würde unter Umständen, auch ohne Konnexität, sogleich das Landgericht zuständig gemacht werden können, während beim „regelmäßigen" Verlaufe vorerst das Seemannsamt, alsdann gegebenenfalls das Schöffengericht und erst bei Berufung die Strafkammer zuständig wäre. So z. B. wenn der Kapitän den Ersten Maschinisten, der über 300 Mark Monatsheuer bezieht, einer gröblichen Dienstpflichtverletzung zeiht (SeemO. § 96 mit GVG. § 73 Nr. 1 bzw. mit SeemO. § 122, EGStPO. § 5 II, SeemO. §§ 137, 138, StPO. § 456 I, GVG. § 76). Dies nimmt sich um so seltsamer aus, als in dem schwereren Falle des § 93 III der SeemO., wobei ein gerichtliches Verfahren geboten, ein seemannsamtliches ausgeschlossen ist, allgemein das Schöffengericht und nicht die Strafkammer die erste Instanz bildet (GVG. § 27 Nr. 3d).

2. Staatsanwaltschaft und Gericht würden, auch ohne vorherigen Strafbescheid des Seemannsamtes, wegen rechtswidriger Urlaubsverweigerung gegen den Kapitän vorgehen dürfen, obwohl sie nicht in der Lage sind, den hierbei vorausgesetzten Strafantrag entgegenzunehmen. Denn Bestrafung tritt nach SeemO. § 114 Nr. 5 nur ein, wenn der Schiffsmann sie beim Seemannsamte beantragt.

3. Dem Seemannsamte würde nicht ausschließlich die Entscheidung darüber zustehen, ob wegen einer vor ihm begangenen Ungebühr einzuschreiten ist (SeemO. § 115).[2]

Nach alledem wird man auch nicht sagen dürfen, daß die Rechtsauffassung des Reichsgerichts der „ganzen Richtung" des Gesetzes entspreche.

[2] Die V., betr. das Strafverfahren vor den Seemannsämtern, v. 15. III. 1903 (§§ 1, 12) steht — eben wegen ihres Betreffs — den reichsgerichtlichen Ausführungen nicht entgegen.

Digitized by Google

Entwurf der Strafprozeßordnung.

Von Josef Kohler.

§ 1.

Der Entwurf einer Strafprozeßordnung bietet wenig Überraschungen und noch weniger tief greifende Änderungen. Er hält sich im großen Ganzen an das Gegebene und sucht mehr in der einen oder anderen Weise zu bessern als neu aufzubauen. Zwei Änderungen größeren Stils waren natürlich unentbehrlich: einmal die Neuordnung der Strafkammern als mittlere Gerichte 1. Instanz und sodann die Einführung einer Berufungsinstanz gegen die Strafkammerurteile; eine Berufungsinstanz auch gegen die schwurgerichtlichen Urteile hat man bisher nicht gewagt.

Beide Änderungen waren nach den geschichtlichen Vorgängen, die sich in dem letzten Jahrzehnt abgespielt haben, unentbehrlich: wenn es ein Vorteil ist, das Laienelement heranzuziehen — und daran kann kein Zweifel bestehen, sofern man die Rechtspflege stets frisch erhalten und nicht verknöchern lassen will und wenn man strafrechtliche Entscheidungen allgemein menschlicher Auffassung anstrebt, nicht Entscheidungen eines einseitigen Juristenstandes, — dann ist es ein Bedürfnis, daß gerade für die mittleren Strafsachen auch das Volk herangezogen wird. Hier handelt es sich zwar nicht um solche schweren Interessen wie im schwurgerichtlichen Verfahren, aber es handelt sich um eine große Reihe der wichtigsten Vergehungen und Verbrechen, deren falsche Beurteilung in die Ruhe und das Glück unseres Volkes tief hineingreifen würde.

Daß aber die Berufung ein unentbehrliches Korrektiv ist gerade in diesen Sachen, welche die Lebensinteressen von Hunderten berühren, braucht kaum angeführt zu werden, und man kann sich nicht genug wundern über die abstrakte Gelehrtenwelt der früheren Tage, welche glaubte, die Berufung sei unnötig, ja schädlich, weil der Berufungsrichter keine Gewähr böte, besser zu entscheiden als der erste. Derartige Auffassungen bedürfen keiner Widerlegung mehr.

Der Entwurf hat nun das erste Erfordernis dadurch zu erfüllen gesucht, daß er eine Strafkammer konstruierte, welche in der Hauptverhandlung mit zwei rechtsgelehrten Richtern und drei Schöffen besetzt ist. Dem ist zuzustimmen. Man hat entgegengehalten, daß solches zu Mißlichkeiten führe, da möglicherweise die zwei Juristen nicht miteinander übereinstimmten; hier seien ja die Laien ganz ratlos! oder gar: die Juristen gingen unter den drei Schöffen hausieren, indem jeder die Stimmen möglichst vieler Schöffen für seine Meinung an sich zu ziehen suche! Wäre die Sache wirklich so, dann möchte man an der Reife unseres Volkes für das staatliche Wirken verzweifeln. Es wird doch gewiß anzunehmen sein, daß ein jeder in voller Anständigkeit seine Meinung zur Geltung bringt und sich schließlich der Mehrheitsentscheidung fügt. Die Annahme, daß der Überstimmte eine Art levis nota erfahre, ist so absonderlich, daß darauf gar nicht einzugehen ist. Unser ganzes Staatsleben bringt es mit sich, daß ein jeder es als etwas Alltägliches betrachten muß, wenn er in irgend einer Versammlung oder in irgend einem Ausschuß in der Minderheit bleibt. Wenn man statt dessen eine Besetzung von einem Richter mit 4 Schöffen vorgeschlagen hat, so möchte das angehen, wenn es sich um bloße Tat- oder Schuldfragen handelte; allein, da hier jeder Richter zugleich auch über die Straffragen, außerdem über sämtliche rein juristische Punkte zu entscheiden hat, wäre eine solche Zusammensetzung

mit einem einzigen Juristen bedenklich. Jedenfalls ist der im Entwurf vorgeschlagene Ausweg vorzuziehen.

Was aber die zweite wichtige Änderung betrifft, so hat man sich dahin entschlossen, bei den Landgerichten Berufungssenate einzusetzen, die mit 5 Mitgliedern zu besetzen seien. Für die Berufungssenate sollen besondere Garantieen gelten: es soll der Präsident oder einer der Direktoren des Landgerichts oder ein Mitglied des Oberlandesgerichts den Vorsitz führen und es sollen nur ständig angestellte Richter tätig sein. Die Frage, die früher viel besprochen wurde, ob die Senate bei den Landgerichten oder Oberlandesgerichten einzusetzen seien, hat man richtig nach der ersten Richtung hin entschieden; man hat es aber ermöglicht, sobald ein Bedürfnis dafür vorhanden ist, eine besondere Art von Senaten zu bilden, indem mehrere Landgerichte zu einer Einheit verbunden werden und bei einem dieser Landgerichte ein Berufungssenat für sämtliche eingesetzt wird. Diesem Gedanken ist zuzustimmen. Die Einrichtung der Berufungssenate beim Oberlandesgericht ist in dieser Instanz, bei welcher so viele Beweise zu erheben sind, unpraktisch, ja ganz unangängig. Es müßten z. B. in Baden die Berufungssachen gegen sämtliche Strafkammern in Karlsruhe zur Verhandlung kommen, was für die Zeugen wie für die Beteiligten eine ganz außerordentliche Belästigung wäre. Dagegen kann die Art der Zusammensetzung der Berufungssenate, wie sie der Entwurf will, nicht gebilligt werden: 5 Richter ohne jeden Laienzuzug! Das widerspricht vollkommen der sonstigen Auffassung: wenn für die 1. Instanz der Zuzug von Männern aus dem Volke geboten erscheint, so muß für die zweite Instanz das gleiche gelten. Es handelt sich hier meist nicht etwa um Nachprüfung von Rechtsfragen, sondern vor allem um ganz neue Beweiserhebunden.

§ 2.

Ein zweiter Punkt von außerordentlicher Wichtigkeit ist die Bildung von Jugendgerichten. Man ist nicht soweit gegangen, wie in anderen Ländern, Jugendgerichte als Sondergerichte einzusetzen, hat es aber zugelassen, daß bei verschiedenen Amtsgerichten einzelne Abteilungen für jugendliche Übeltäter gebildet werden. Hierbei können auch die Schöffen besonders gewählt werden, und es ist begreiflich, daß die Wahl namentlich auf Lehrer, Mitglieder von Fürsorgevereinen usw. zu richten ist. Auch sonst hat man sich den Forderungen der Neuzeit in Bezug auf die Behandlung von jugendlichen Personen nicht verschlossen und hat eingesehen, daß hier das Vergeltungsprinzip notwendig einen Durchbruch erleiden und das Vergeltungsinteresse hinter anderen Interessen zurücktreten muß. Die Annahme, daß das Vergeltungsprinzip unter allen Umständen, mag darüber auch die Welt zugrunde gehen, durchgeführt werden müsse, ist eine echt Kantische Übertreibung, an die heute niemand mehr glaubt. Daher ist es eine richtige Bestimmung, daß der Staatsanwalt in solchen Fällen von einer öffentlichen Klage absehen und die Sache der Vormundschaftsbehörde überantworten darf, welche dann in erzieherischer Weise gegen den Jugendlichen vorzugehen hat; namentlich ist auch bestimmt, daß Fürsorger aufgestellt werden können, welche sich besonders mit diesen Jugendlichen zu befassen haben, — alles Einrichtungen, die längst in Amerika erprobt sind und die wir endlich bei uns einzuführen gedenken. Daß auch Frauen Fürsorgerinnen sein können, ist im Entwurf besonders betont; es würde sich auch von selber verstehen,

wenn nicht gerade in dieser Beziehung unsere Entwicklung so außerordentlich rückständig wäre. Kommt es aber zu einer Verhandlung gegen den Jugendlichen, dann kann das Gericht ebenfalls bestimmen, daß anstelle der Bestrafung Erziehung- und Besserungsmaßregeln eintreten sollen, welche Maßregeln das Gericht regelmäßig der Vormundschaftsbehörde überlassen wird.

§ 3.

Das bisher Gesagte gehört zu den Glanzseiten des Entwurfs. In anderen Dingen zeigt er redliches Bestreben, ist aber vielfach in Halbheiten stecken geblieben. Am notwendigsten ist die Aufhebung des Legalitätsprinzips und die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen kann, wenn kein genügendes Interesse für die Verfolgung spricht. Der Entwurf geht nicht so weit, sondern macht Vorbehalte, Besonderungen und Ausnahmen. Das ist verkehrt. Man hebe das Legalitätsprinzip schlechtweg auf; denn es ist doch gewiß nicht nötig, daß der Staat kleinlich all und jedes, was gegen das Gesetz verstößt, in Strafe zieht. Wollte man das Prinzip gar auf die Übertretungen beziehen, so würde man zu geradezu haarsträubenden Ergebnissen gelangen: wenn der Verfolgungsbeamte in allen Fällen wegen einer Radler- oder Automobilübertretung vorgehen müßte bei Vermeidung dessen, daß er wegen Prävarikation ins Zuchthaus käme, so würde dies an Ungereimtheit alles überbieten, was überhaupt dagewesen ist. Aber auch in anderen Sachen ist es nicht von Vorteil für die Menschheit, wenn alles und jedes gleich in das Gebiet der Strafe hineingezogen wird; die Menschheit fährt viel besser, wenn man eine vernünftige Auswahl trifft und nur da Strafe ansetzt, wo Lebensinteressen des Volkes auf dem Spiele stehen. Kleinliche Verfolgungsjagden der Staatsanwaltschaft sind keinem Volke vorteilhaft und ziemen sich für einen fortgeschrittenen freiheitlichen Staat nicht. Hier hat teils jene oben erwähnte vernunftwidrige Kantische Vorstellung, daß überall Vergeltung sein müsse, mitgespielt, teilweise hat sich daß Mißtrauen geregt: wenn eine Auswahl getroffen werden dürfe, so könne die Wahl auch sachwidrig und persönlich sein, so daß Ungerechtigkeiten und politische Bevorzugungen und Benachteiligungen einträten. Diese Befürchtungen haben nur Raum in ganz ungesunden Zuständen des Staatslebens, bei einer Politik, welche, wenn es ihr vorteilhaft ist, die Gebote der Gerechtigkeit übertritt. Derartige Zustände hat es gegeben; ich will nicht besonders auf das ganze Bismarckische System und seinen rechtsbeengenden Opportunismus verweisen; aber es ist zu erwarten, daß der gesunde Sinn eines gebildeten Volkes derartige Verirrungen nicht weiter aufkommen läßt. Und die andere Befürchtung, daß infolge der Straflosigkeit wichtige Interessen der Privatpersonen gekränkt würden, kann durch die Zulassung der Privatklage oder durch die Möglichkeit, eine Gerichtsentscheidung über Verfolgung oder Nichtverfolgung einzuholen, beschwichtigt werden. Bestehen keine Privatinteressen in dieser Art, so kann man die richtige Auswahl doch gewiß einer pflichtgemäßen öffentlichen Behörde überlassen. Für den Fall aber, daß die Verfolgung der Privatinteressen des einzelnen an seiner Armut oder sonstigen persönlichen Unzuträglichkeiten scheitert, ist es Sache der Interessenten, sich zusammen zu tun, wie dies in England und Amerika der Fall ist — in England wird die ganze Staatsanwaltschaft durch die Tätigkeit der Schutz-

vereine ersetzt, und auch in Nordamerika spielen sie eine große Rolle. Daß es allerdings richtiger wäre, die Staatsanwaltschaft nicht im französischen Sinn als politisches Amt, sondern als unabhängige richterliche Behörde zu organisieren, bedarf kaum einer Erinnerung.

§ 4.

Ebenso zeigt auch in anderen Punkten der Entwurf Halbheiten und schwere Unvollkommenheiten. Zu den traurigsten Schattenseiten unseres bisherigen Strafprozesses gehört der Mangel an Verteidigung im Vorverfahren und die geradezu ungeheuerliche Erniedrigung, welcher der Rechtsanwaltsstand ausgesetzt ist, da dem Rechtsanwalt weder der freie mündliche noch der freie schriftliche Verkehr mit dem Beschuldigten offen steht und ihm auch die Einsicht in die Voruntersuchungsakten in derjenigen Zeit verweigert wird, in der gerade der Beschuldigte die Verteidigung am allernotwendigsten bedarf. Diese kläglichen Ausgeburten der Bismarck'schen Gesetzgebungstheorie sind im Entwurf nur zum Teil aufgehoben worden. Der Entwurf bestimmt, daß der Verteidiger die gerichtlichen und die auf Grund richterlicher Anordnung beigefügten Akten, also insbesondere auch die Polizei- und Staatsanwaltschaftsakten einsehen darf; aber daneben ist die Ausnahme beigefügt, daß die Einsicht versagt werden kann, wenn eine Gefährdung des Untersuchungszweckes zu befürchten ist. Das hat unbedingt fortzubleiben. Ist der Verteidiger ein Rechtsanwalt, so muß man zu ihm dasselbe Vertrauen haben wie zu einem öffentlichen Beamten, und andere Personen können nur dann Verteidiger sein, wenn das Gericht sie zuläßt. Sodann ist dem Beschuldigten, namentlich wenn er sich in Untersuchungshaft befindet, der mündliche und schriftliche Verkehr mit dem Verteidiger zu gestatten. Dies ist im allgemeinen durchgeführt. Allerdings kann verlangt werden, daß die schriftlichen Mitteilungen des Verteidigers dem Richter übergeben oder ihm mit einem Begleitschreiben übersandt werden: diese Bestimmung ist unverfänglich; sonst könnten ja alle möglichen Schriftstücke mit eingeschmuggelt werden. Die Bestimmung dagegen, daß der Richter im Falle befürchteten Mißbrauches die Mitteilung verhindern kann, muß fallen: solche Halbheiten geziemen einer großen Nation nicht, und es wäre sehr traurig, wenn man zu der Rechtsanwaltschaft nicht mehr Vertrauen haben könnte.

Auch in anderer Beziehung ist gebessert worden, so namentlich, daß bei Vernehmung des Beschuldigten die Anwesenheit des Verteidigers gestattet werden kann, aber es fehlt die Bestimmung, daß solchem Verlangen stattgegeben werden **muß**. Es ist ferner bestimmt, daß bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Anwesenheit zu gestatten ist, aber wiederum glaubte man einen Zusatz nicht entbehren zu können „so weit nicht eine Gefährdung des Untersuchungszweckes zu befürchten ist".

Die eigentliche Voruntersuchung getraute man sich nicht aufzuheben, doch hat man manches gebessert: man hat bestimmt, daß bei Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht lediglich auszusprechen hat, ob und wo die Hauptverhandlung erfolgen solle, hat aber völlig davon abgesehen, die Eröffnung des Hauptverfahrens als eine Verdachtserklärung zu behandeln, wie solches nach unserem bisherigen Rechte der Fall war. Von weiteren Verbesserungen ist hervorzuheben: die Bestimmung, daß im Berufungsverfahren nicht die Protokolle der 1. Instanz verlesen werden sollen, sondern eine volle unmittelbare Beweiserhebung statt-

finde, ferner daß bei Beleidigungsklagen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann, sobald eine Partei es wünscht; auch bei den Jugendgerichten kann der Ausschluß der Öffentlichkeit verfügt werden.

Auf fernere Einzelheiten soll anderweitig eingegangen werden.

Konflikt zwischen der Strafkammer und der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens.

Erfordernisse der Anklageschrift.

Vom Ersten Staatsanwalt Olbricht in Lüneburg.

Unter vorstehender Überschrift ist auf Seite 206 ff. Jahrg. 55 dieses Archivs ein Aufsatz von mir veröffentlicht. Nachdem dieser jetzt im Druck mir zu Gesicht kommt, sehe ich, daß meine Gedanken darin zum Teil einen nicht zutreffenden Ausdruck gefunden haben. Um Mißverständnissen vorzubeugen, möchte ich daher noch Folgendes bemerken.

Meine dortigen Ausführungen sind mit Bezug auf die den Ausgangspunkt der Erörterung bildende Strafsache gemacht, wobei insbesondere zu berücksichtigen war, daß der Angeschuldigte in der Voruntersuchung eingehend vernommen und ihm genau bekannt war, welche Beschuldigung gegen ihn erhoben wurde.

Ich habe dort auch bereits gesagt, daß die von der Staatsanwaltschaft eingereichte Anklageschrift recht kurz und insofern inkorrekt war, als der am Schlusse des Nebensatzes wiederkehrende Ausdruck „unzüchtige Handlungen" in die konkreten Merkmale hätte aufgelöst werden sollen. Dieser letztere Mangel dürfte allerdings ein so wesentlicher sein, daß er — und insoweit möchte ich den 202 und 203 a. a. O. ausgesprochenen Zweifel hiermit berichtigend erledigen — die Beanstandung der Anklageschrift als der Vorschrift des § 198 Abs. 2 StPO. nicht entsprechend wohl rechtfertigte.

Zum Tatbestand des § 183 StGB. gehört allerdings auch noch, daß durch die unzüchtige Handlung ein Ärgernis tatsächlich gegeben ist. In dieser Beziehung möchte aber die S. 206 erwähnte Anklageformel trotz ihrer Dürftigkeit vielleicht genügen, wenngleich auch hier die ausdrückliche Hervorhebung, daß von den beim Vorfalle zugegen gewesenen Personen an der Handlungsweise des Angeschuldigten auch wirklich Ärgernis gekommen ist, sich sicherlich empfohlen hätte.

Im übrigen hat es mir selbstverständlich durchaus fern gelegen, derartig dürftigen Anklageschriften, wie sie hier in Frage stehen, etwa das Wort zu reden. Festzuhalten ist vielmehr, daß die Anklageschrift im Sinne des § 198 Abs. 2 StPO. „alle wesentlichen Bestandteile des den Gegenstand der Anklage bildenden Vorgangs" enthalten muß. Je nach der Bedeutung und der Lage des Falles wird hiernach die Anklageschrift von größerem oder geringerem Umfange sein, unter Umständen auch ganz kurz sein können. Dem pflichtmäßigen und verständigen Ermessen der Staatsanwaltschaft unterliegt es, welche „Ergebnisse" im einzelnen als wesentliche anzusehen sind. Gänzlich belanglos ist aber selbstverständlich, in welcher äußeren Form die Anklageschrift erscheint.

Nicht unerwähnt möchte ich schließlich lassen, welche Anforderungen der inzwischen erschienene Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung an die Anklageschriften stellt. Dieser bestimmt in § 194, daß in der Anklageschrift „die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung des Ortes, der Zeit und der Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden worden, sowie das anzuwendende Strafgesetz (Anklageformel)" anzugeben sind, und schreibt weiter in § 203 „für das Verfahren vor dem Reichsgericht, den Schwurgerichten und den Landgerichten" vor:

„Die Anklageschrift soll eine gedrängte Wiedergabe des Sachverhalts enthalten, wie er sich nach dem Ergebnisse der Ermittlungen darstellt."

In der „besonderen Begründung" zu §§ 201 bis 207 wird hierzu gesagt:

„Die Vorschriften des § 203 über den Inhalt und die Mitteilung der Anklageschrift stimmen im wesentlichen mit dem bestehenden Gesetze (§ 198 Abs. 2, § 199 Abs. 1, 2) überein. Durch das Erfordernis einer gedrängten Wiedergabe des Sachverhalts (Abs. 1) soll einer unnötigen Weitläufigkeit der Anklageschrift vorgebeugt werden."

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

Berichte von Staatsanwalt und Privatdozent Dr. Klee, Berlin.

Bericht VI. (Bd. VI: Raub und Erpressung. Sachbeschädigung. Diebstahl und Unterschlagung. Strafbarer Eigennutz. — Bd. VII: Begünstigung und Hehlerei. Urkundenfälschung. Betrug. Nahrungsmittelfälschung. — Bd. VIII: Bankerutt. Untreue. Wucher und Ausbeutung. Verletzung fremder Geheimnisse. Jagd- und Fischereivergehen.)

In der Lehre von der Erpressung steht de lege ferenda voran die Frage, ob die in Bereicherungsabsicht erfolgte Nötigung durch jede beliebige Drohung strafbar ist, oder ob die Drohung einen bestimmt ausgeprägten Charakter haben muß. Extreme sind in dieser Beziehung das Preußische und das geltende Reichs-StGB. Nach ersterem war Drohung mit der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens vorausgesetzt; letzteres macht in der Art der Drohung keinen Unterschied. In der Mitte zwischen beiden bewegt sich in Anlehnung an das Norwegische StGB. Frank's Vorschlag, der gerade hier die Erpressung als Freiheitsdelikt ins Auge faßt: Nicht jede Drohung kann genügen, sondern nur eine solche, die in der Tat eine Freiheitsbeschränkung enthält und zwar eine über das gewöhnliche, durch den Verkehr und das Leben bedingte Maß hinausgehende Freiheitsbeschränkung. Die minae iuris (Drohungen mit einem rechtlich erlaubten Übel) sollen nur dann erheblich sein, wenn das Übel außerhalb des verkehrsmäßigen Zusammenhanges[1]) mit dem abgenötigten Entschlusse steht. Dies ist aber nur

[1]) Vgl. den „natürlichen inneren Zusammenhang" Rosenfelds Bericht II S. 318.

Digitized by Google

dann der Fall, wenn der Vorteil, den der Täter erstrebt, ein verhältnismäßig unangemessener ist, wenn man von einer Ausbeutung der durch die Drohung hervorgerufenen bezw. gesteigerten Notlage des andern reden kann. Der Zwang, der Armenkasse einen Betrag zuzuwenden, soll demnach, wenn durch Drohung mit einer an sich erlaubten Handlung begangen, nicht als Erpressung strafbar sein. Der Sache nach will mithin Frank den Unterschied des französischen Rechts zwischen extorsion als Freiheitsdelikt und chantage als Ausbeutungsdelikt auch für das künftige deutsche StGB. anerkannt wissen. Eine Ausdehnung des Kreises der Erpressungsmittel auf die „Erregung von Furcht vor einer nicht vorhandenen Gefahr" (Italien) stellt Frank unter dem Gesichtspunkt der — von der Praxis des Reichsgerichts nicht anerkannten — Nichtanwendbarkeit des Tatbesandes des Betruges in allen Fällen, wo der Geschädigte selbst sein Verhalten als ein vermögenschädigendes erkennt, zur Erwägung (jemand veranlaßt einen andern durch Erweckung von Furcht vor Höllenstrafen, der Kirche sein Vermögen zu vermachen). Die Fassung des § 253 RStGB. läßt zweifelhaft, ob als Erpressung auch die Nötigung zu einem Verhalten, das keine Vermögensschädigung nach sich zieht, gelten kann. Frank, der d. l. f. die Frage aus dem Wesen des Delikts als Vermögensdelikt heraus verneint, regt an, um die Strafbarkeit desjenigen, der durch Drohungen zur Verleihung eines öffentlichen oder privaten Amtes zwingt (in England Spezialdelikt), zu retten, die Mittel der Nötigung in volle Übereinstimmung mit denen der Erpressung zu bringen, ein Vorschlag, den bereits Rosenfeld bei Erörterung der Nötigung[2]) gemacht hat. Wird der Tatbestand der Nötigung entsprechend erweitert, d. h. auf Drohungen mit einem über das verkehrsmäßig zu Erwartende hinausgehende Übel ausgedehnt, so wird die Erpressung zu einem durch die Bereicherungsabsicht qualifizierten Fall der Nötigung, ein Ergebnis, das den Vorzug praktischer Einfachheit hätte.

Das geltende deutsche Recht unterscheidet zwischen Raub und Sacherpressung, je nachdem der Täter die Sache durch Wegnahme oder auf andere Weise, besonders durch Herausgabe erlangt. Abgesehen davon, daß, wie Frank nachweist, dieser Unterscheidung die historische Begründung fehlt, führt sie auch praktisch zu wunderlichen Ergebnissen: Wer z. B. einen andern totschlägt und die Leiche ausplündert, begeht zwar nach dem Volksurteil einen „Raubmord", aber juristisch keinen Raub, denn eine „Wegnahme" ist beim Toten unmöglich. Es wird daher nach dem Vorbild der meisten ausländischen Rechte empfohlen, statt der Wegnahme die Bemächtigung der Sache entscheiden zu lassen. Wegen der Unbestimmtheit des Gewaltbegriffs soll an seine Stelle seine Auflösung in einzelne gewaltsame Handlungen, darunter die Betäubung und die Einsperrung, treten.

Eine Erweiterung der Sachbeschädigung zur Vermögensbeschädigung lehnt Schmoller im Hinblick auf die kriminelle Bedeutung der Form des rechtsverletzenden Angriffs im allgemeinen mit Recht ab. Dagegen schlägt er doch vor, den bisher nur dem Eigentum gewährten Strafschutz auf einige andere dingliche Rechte auszudehnen und zwar durch Pönalisierung der Beschädigung der eigenen Sache zum Nachteil des Pfandgläubigers, Nießbrauchers und Retentionsberechtigten, nach

[2]) Vgl. Bericht II S. 317.

dem Muster des § 289 RStGB., der nur die möglicherweise weit geringere Verletzung der betreffenden Rechte involvierende Wegnahme mit Strafe bedroht. Die Beschädigung herrenloser Sachen zum Nachteil von Okkupationsberechtigten fällt d. l. l. nicht unter den Begriff der Sachbeschädigung; so z. B. nicht die Vergiftung von Wild-, Fisch- und Krebsbeständen, die weit strafwürdiger als die in §§ 292, 370[4] StGB. mit Strafe bedrohte Okkupation erscheint. Schmoller verlangt mit gutem Grund strafrechtliche Berücksichtigung dieser Schädigungshandlungen. In den Tatbestand der Sachbeschädigung selbst will er die bei Intaktheit der Sache bisher straflose dauernde Entziehung (Fliegenlassen eines Kanarienvogels) sowie auch die Unbrauchbarmachung für den Eigentümer überhaupt einbeziehen. Die Rücksicht auf die Bewegungsfreiheit des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens führt Schmoller zur Verneinung der von einigen ausländischen Rechten (z. B. Niederlande, Spanien) insbesondere beim Zusammentreffen grober Rücksichtslosigkeit und bedeutender Schadensstiftung bejahten Strafbarkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung. Nur bei der den gemeingefährlichen Delikten nahestehenden Sachbeschädigung des § 305 StGB. gibt er der entgegengesetzten Auffassung Raum.

Harburger hält auch d. l. f. an der Notwendigkeit der begrifflichen Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung fest. Eine Grenzverschiebung befürwortet er aber dahin, daß der Begriff des Gewahrsams auf das Vorliegen eines körperlichen Näheverhätnisses, die objektive Möglichkeit der Einwirkung und Verfügung beschränkt und diejenigen Fälle, in denen nur unter Zugrundelegung der Fortdauer des Beherrschungswillens das Vorliegen des Gewahrsams angenommen wird, ausgeschaltet werden. So würde die Fortnahme einer vom Eigentümer vergessenen Sache nicht mehr Diebstahl, sondern Unterschlagung sein. Ferner würde bei solcher Beschränkung des Begriffes Gewahrsam in allen Fällen, in denen sich jemand unter Verletzung eines Vertrauensverhältnisses eine fremde Sache zueignet (Dienstbote, Handlungsgehilfe), der naiven, hier eine Veruntreuung annehmenden Anschauungsweise des Volkes entsprechend, nicht, wie die Praxis auf Grund der lex lata annimmt, Diebstahl, sondern Unterschlagung vorliegen. Die Unterschlagung soll ihrerseits nach dem Vorbilde des Schweizer Entwurfs zerfallen in die einfache Unterschlagung, die Fundaneignung und die Veruntreuung. Letztere soll dem Diebstahl in der Bestrafung gleichgestellt werden. Die Fundaneignung soll dann als Diebstahl und nicht als Unterschlagung bestraft werden, wenn der Finder alsbald bei der Ansichnahme der Sache den Aneignungsentschluß faßt. Wolle man aber hier das Vorhandensein von Diebstahl nicht anerkennen, so müsse im Tatbestand der Unterschlagung das im Falle der in Rede stehenden Fundaneignung nicht erfüllte positive Erfordernis eines Gewahrsams des Täters durch das negative, daß die Sache sich nicht in fremdem Gewahrsam befinde, ersetzt werden. Schon diese mit Beweisschwierigkeiten verknüpften Übergänge hätten Harburger anstatt zur Aufrechterhaltung der scharfen Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung zur begrifflichen Annäherung beider Delikte aneinander, nach dem Muster ausländischer, insbesondere amerikanischer Rechte, führen sollen. Praktische Bedeutung hätte die Beibehaltung der begrifflichen Verschiedenheit übrigens ja nur unter der Voraussetzung, daß, wie gegenwärtig, so auch in Zukunft, auf Diebstahl ausschließlich Gefängnis steht, während für die

Unterschlagung auch Geldstrafe zugelassen wird. Hieran will Harburger allerdings festhalten; er steht auf dem Standpunkt der Motive zum neuen Norwegischen StGB., daß in vielen Fällen des Diebstahls, d. i. der Aneignung einer in fremdem Gewahrsam befindlichen Sache, die bedingte Verurteilung (Begnadigung) genüge, wo dies aber nicht der Fall sei, für den Armen die Geldstrafe zuletzt doch Gefängnisstrafe bedeute, für den Bemittelten aber der Diebstahl unentschuldbar sei. Warum für den Bemittelten die Unterschlagung und der Betrug, denen gegenüber Geldstrafe zugelassen ist, weniger unentschuldbar sein soll, ist zunächst nicht erfindlich. Ferner besteht doch für den Unbemittelten in sehr vielen Fällen die Möglichkeit, durch ratenweise Abzahlung der Geldstrafe der hilfsweisen Freiheitsstrafe zu entgehen. Keineswegs ist aber vor allem der Diebstahl stets entehrender als Betrug und Unterschlagung; häufig ist er so milde gelagert, daß Freiheitsstrafe nicht erforderlich erscheint. Dies sieht Harburger selbst ein, wenn er für „Strohhalmaffairen", die Entwendung geringfügiger Sachen, einer im Vergleich zum gewöhnlichen Diebstahl milderen Beurteilung das Wort redet, und wenn er diesen leichteren Diebstahlsdelikt neben dem Mundraub des geltenden Rechts auch die Entwendung von Heilmitteln, Heiz- und Beleuchtungsstoffen, von Toilettengegenständen, Tinte, Papier u. dergl. subsumieren will. So läßt der Verfasser im Resultat auch für den Diebstahl die Geldstrafe zu. Als das praktisch Einfachere erscheint, zumal im Hinblick auf die berechtigte Forderung, auch die Unterschlagung von Genußmitteln usw. zu privilegieren, Diebstahl und Unterschlagung begrifflich zu verschmelzen und einen gemeinschaftlichen, vor allem nach unten nicht zu engen Strafrahmen festzusetzen. Dem, wie bereits angedeutet, hier mitsprechenden Gesichtspunkt der Beweisbarkeit trägt Harburger an anderer Stelle Rechnung, indem er die Privilegierung der Entwendung einer geringfügigen Sache, wenn sie unter erschwerenden Umständen vor sich geht, im Widerspruch zum geltenden Recht verwirft: Es werde so dem beim Einbruch ertappten Diebe die Ausrede genommen, er habe es nur auf einen Mundraub abgesehen. Auch dem Gedanken rationeller Vereinheitlichung der Deliktsbegriffe ist Harburger wenigstens innerhalb des Diebstahlstatbestandes selbst nicht abhold. Er lehnt d. l. f. die doch nicht erschöpfende, immer willkürliche und zu tausend Streitfragen führende kasuistische Aufzählung von Qualifikationsgründen in § 243 StGB. ab und befürwortet eine härtere Strafbestimmung allgemein für schwerere Fälle des Diebstahls. Einem praktischen Bedürfnis trägt in Ausbeutungsfällen sein Vorschlag Rechnung, Diebstahl und Unterschlagung zwischen Ehegatten nicht wie bisher für gänzlich straflos zu erklären, sondern sie in Antragsdelikte umzuwandeln.

Kriegsmann betrachtet es als unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber die gewerbsmäßige Ausbeutung der Spielleidenschaft auch künftig unter Strafe zu stellen habe, und will den Tatbestand des § 284 RStGB., dessen Fassung dem legislativen Grundgedanken ganz entspreche, jeder Änderung entzogen wissen. Für das Wesen des Glückspiels legt der Verfasser mit der herrschenden Meinung in Theorie und Praxis darauf Gewicht, ob der Zufall auf den Ausgang des Spiels den überwiegenden Einfluß habe. Bekanntlich ist dies aber bei einer Reihe von Spielen (Pokern, Mauscheln ohne Aßzwang) Auffassungssache. Es will uns daher, um eine Willkür der Rechtsprechung möglichst zu vermeiden, geboten erscheinen, nicht

Digitized by Google

schlechthin die gemischten, d. h. der Geschicklichkeit des Spielenden noch Raum lassenden Spiele mit dem reinen Zufallsspielen auf eine Stufe zu stellen, sondern mit dem österreichischen Recht grundsätzlich nur das reine Glücksspiel, das gemischte aber nur, wenn es durch ausdrückliche Vorschrift für verboten erklärt ist (etwa durch eine Bundesratsverordnung), zu bestrafen. Davon ausgehend, daß die Duldung straflosen (nicht gewerbsmäßigen) Spiels, solange sie nicht zum Zwecke eigenen fortgesetzten Erwerbs geschieht, sozial ohne alles Interesse ist, gelangt Kriegsmann dazu, de lege ferenda im Gegensatz zu § 285 StGB. nur die gewerbsmäßige Förderung fremden Spiels und zwar auch — in dieser Beziehung den Tatbestand des § 285 erweiternd — die Förderung seitens eines Täters, der nicht Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes ist, für strafbar zu erklären. Bei der Abgrenzung des das Verbotensein des Spiels bedingenden Einsatzminimums soll auch de lege frenda an dem absoluten Maßstab festgehalten, hierbei aber auf die Verwertung einer allgemeinen gesellschaftlichen Anschauung darüber, ob der aufs Spiel gesetzte Wert als erheblich ins Gewicht fällt, verzichtet und statt dessen auf die Möglichkeit abgestellt werden, „mit den aufs Spiel gesetzten Vermögenswerten einzelne Lebensbedürfnisse zu befriedigen". Ob dies ein brauchbarer Fingerzeig für die Rechtsprechung ist, kann dahingestellt bleiben. Es fragt sich, ob nicht der Gesetzgeber besser daran täte, das de lege lata von der herrschenden Meinung verworfene Merkmal der gewinnsüchtigen Absicht (Italien) oder, da schließlich kein Spiel um Vermögenswerte geschieht, ohne daß die Beteiligten zu gewinnen hoffen, besser das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit in den Spielbegriff aufzunehmen, so daß nicht die gewerbsmäßige Förderung des Spiels, sondern die Förderung des gewerbsmäßigen Glücksspiels strafbarer Tatbestand wäre. Es muß als durchaus kleinlich und jeder ernsten ratio entbehrend angesehen werden, einen Gastwirt zu strafen, der, um sich seine Stammgäste zu erhalten, also zu Erwerbszwecken, duldet, daß diese zu ihrer Unterhaltung „Meine Tante, Deine Tante", „Gottes Segen bei Cohn" oder „Lustige Sieben" spielen, gleichgültig ob es hierbei um die „Ehre" oder um Geldeswert geht. Der Unterschied von dem auch de lege ferenda als gewerbsmäßiger Spieler strafbaren Buchmacher, der den kleinen Leuten das Geld aus der Tasche zieht, liegt auf der Hand. Das Erlaubtsein des öffentlichen Haltens von Glücksspielen an polizeiliche Genehmigung zu knüpfen, ist auch künftig gerechtfertigt. Kein Grund scheint uns jedoch zu bestehen, wie Kriegsmann will, die Strafbestimmung gegen unbefugtes öffentliches Spiel in den Mittelpunkt der Spieldelikte zu stellen; es handelt sich hier um ein reines Polizeidelikt.

In Ansehung des Lotteriestrafrechts wünscht der Verfasser reinliche Scheidung der Kompetenz der Reichs- und Landesgesetzgebung; von dem, wie er zugibt, im Hinblick auf die finanzpolitischen nicht erschöpfenden, strafrechtlichen Standpunkt aus verneint er ein Bedürfnis der Aufrechterhaltung der landesrechtlichen Sonderbestimmungen. Ferner wird von der lex ferenda eine deutliche Angabe der Kriterien des Ausspielungsbegriffs verlangt, dem zum Unterschied vom Begriff des einfachen Glückspiels der Gegensatz von Ausspielungsunternehmer und einer Spielermehrheit wesentlich sein soll. Die Strafbarkeit der Veranstaltung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubnis steht hierbei für den Verfasser außer Zweifel. Täuschungen und Übervor-

teilungen des Publikums und Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen sollen verhütet werden.

Dem Gefährdungstatbestand des § 297 StGB. (Schiffs- und Ladungsgefährdung durch Konterbande) will Nagler, um den Fall, daß jemand es böswillig auf den Konfiskations- oder Beschlagnahmeerfolg anlegt, auszuzeichnen, einen Verletzungstatbestand an die Seite stellen. Der Tatbestand soll zudem auf jede über die bloße Beschlagnahme oder Einziehung hinausgehende Vermögensbeschädigung ausgedehnt (Frankreich, Italien, England, Skandinavische Rechte) und der Täterkreis verallgemeinert werden. Die Strafbarkeit des in § 298 StGB. behandelten seemännischen Kontraktbruchs will Nagler auf die Binnenschiffahrt und auf jede Art der Begehung ausdehnen, dagegen den Schutz der ausländischen Dienstherren im Auslande in Einschränkung des geltenden Rechts den allgemeinen Regeln des internationalen Strafrechts unterstellen.

Beling behandelt die Lehre von der Begünstigung und der Hehlerei. Das RStGB. unterscheidet in § 257 die persönliche Begünstigung und die sachliche durch Sicherung der Vorteile des Verbrechens. Letzterer spricht Beling in Übereinstimmung mit Binding die selbständige Berechtigung ab, da vernünftiger Gegenstand der Pönalisierung nicht die den Vorteil für den Vortäter, sondern die den Nachteil für den durch die Vortat Verletzten ins Auge fassende Handlungsweise sei, die bereits von der in § 259 StGB. bestraften Sachhehlerei getroffen werde. Die sachliche Begünstigung ist denn auch Frankreich, Österreich, England, Belgien, den Niederlanden, Rußland und den schweizerischen Entwürfen als selbständiges Delikt unbekannt. Mit seiner Vermutung, daß die von der Reichskriminalstatistik nicht besonders gezählte zweite Alternative des § 257 StGB. in der Praxis eine nur sehr geringe Rolle spielt, ist denn auch Beling durchaus im Recht. Damit verliert aber auch die in § 258 StGB. als „Personenhehlerei" qualifizierte gewinnsüchtige persönliche Begünstigung des Täters, der einen Diebstahl, Raub oder Unterschlagung begangen hat, ihre Existenzberechtigung, zumal zweckwidrigerweise die ohne gewinnsüchtige Absicht und ohne Vorteil für den Vortäter begangene Partiererei, z. B. durch Verheimlichung einer gestohlenen Sache, vom Gesetz straflos gelassen wird. Zur Behebung der „Konfusion" scheidet der Verfasser scharf zwischen den in der Materie der „Begünstigung" und „Hehlerei" allein in Frage kommenden zwei Schutzobjekten, nämlich dem Interesse des Staates an der Bestrafung der Delikte, das durch die „Strafvereitelung" gefährdet wird, und dem Interesse des einzelnen durch die Vortat Verletzten daran, daß der durch sie geschaffene rechtswidrige Zustand nicht fortgesetzt werde. Hinsichtlich der Strafvereitelung weist Beling den Gedanken der Teilnahme, der Akzessorietät von sich: Begünstigung des Mörders ist nicht Teilnahme am Mord. Deshalb habe es auch keinen Sinn, die Strafdrohungen für den Begünstiger an diejenigen für den Begünstigten proportional anzuschließen, da leitend nur sein könne, welche konkrete Strafe für den Begünstigten in Frage stand. Deshalb soll auch nicht die Begünstigung im Hinblick auf Übertretungen, sondern auf solche Taten straflos sein, für die in casu eine Strafe von nicht mehr als 150 Mk. Geldstrafe oder 6 Wochen Haft zuzumessen war. Neben der Vereitelung des materiellen ius puniendi (Strafvereitelung) will Beling d. l. f. auch eine Strafjustizvereitelung anerkannt wissen. D. h. es soll nicht nur straf-

bar sein, wer jemanden nach Begehung eines Delikts, sondern auch wer einen Unschuldigen der Strafverfolgung entzieht. Wir meinen mit Carrara, daß die Erstreckung der Strafbarkeit auf die reine Strafjustizvereitelung zwar logisch richtig, daß es aber praktisch besser ist, gleichzeitig Schuld des Begünstigten im Gesetz zu fordern. Empfehlenswert erscheint dagegen der Vorschlag einer allgemeineren Fassung des jetzt kasuistisch normierten Tatbestandes der Strafvereitelung, in welchem nicht nur die Unterlassung der Anzeige (§ 139 StGB.) und die Gefangenenbefreiung (§ 121 StGB.), sondern auch die vor der Tat ohne Wissen des Täters vorgenommenen Begünstigungshandlungen (z. B. Bereitstellung eines Fahrrads zur Flucht) aufzugehen hätten. Als Überrest der alten Auffassung von der „nachfolgenden Teilnahme" soll die Strafbarkeit der vor der Tat zugesagten Begünstigung als Beihülfe fallen und vielmehr Realkonkurrenz zwischen Beihülfe vor der Tat und Begünstigung nach ihr angenommen werden. Die Straflosigkeit der „Angehörigen" will Beling, dem schweizerischen Entwurf folgend, mit Fug ausdehnen auf Personen, die in einem „so nahen Verhältnis" zum Täter stehen, daß die Tat entschuldbar erscheint.

Im Gegensatz zur Selbständigkeit der Strafvereitelung gegenüber der Vortat wird die Abhängigkeit der Sachhehlerei (Partiererei) von ihr betont. Wie die Beihülfe gehöre sie, und zwar mit analoger Strafdrohung, in den Allgemeinen Teil; der positive Beweis dafür, daß sie ein delictum sui generis, als welches sie im geltenden Recht auftrete, ausmache, sei nicht zu erbringen. Sie stehe und falle mit der Vortat, ihre Strafbarkeit steige und sinke je nach dem Wesen und der Strafbarkeit der Vortat. Beling will die Hehlerei in dem insbesondere im Skandinavischen Recht ausgebildeten allgemeinen Begriff der Nachtäterschaft aufgehen lassen, die zu bestimmen wäre als Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes, der durch eine rechtswidrige, einem strafrechtlichen Tatbestand unterfallende Handlung begründet worden ist. Es würde hierunter namentlich auch jedes Vorteilziehen aus dem vorangegangenen Delikt fallen, so daß strafbare Hehlerei ebenso gut in dem nach RStGB. straflosen Falle gegeben wäre, daß A. von dem Dieb B. Geld annimmt, das B. für die gestohlene Sache eingenommen hat, als wenn A. die gestohlene Sache selbst an sich bringt. Es fragt sich, ob es das praktische Bedürfnis erforderlich macht, den weiteren Begriff der Nachtäterschaft aufzustellen. Zeigt doch die Erfahrung, daß der weitaus überwiegende Teil aller Partiererei mit Bezug auf Diebstahl (und Unterschlagung) begangen wird; es wird sich daher die für diese Vortaten im allgemeinen ausreichende Fassung des § 259 StGB. mit der Maßgabe aufrecht erhalten lassen, daß die Formulierung des Tatbestandes auch die dem Rechtsgefühl zuwider straflosen Fälle mitumfaßt, in denen sich die Handlung des Hehlers nicht auf die Sache selbst, sondern auf die an ihre Stelle getretenen Werte bezieht, und daß ferner die Strafdrohung gegen den Hehler im Verhältnis zu setzen wäre zu der gegen den Vortäter. In letzterer Beziehung ist es in der Tat nicht befriedigend, daß Mundraub, Betrug und Unterschlagung zwar mit Geldstrafe bezw. auch mit Geldstrafe, dagegen Hehlerei in Ansehung dieser Delikte nur mit Gefängnis bestraft wird. Zuzugeben ist Beling auch, daß es nicht folgerichtig ist, zwar die Hehlerei, nicht aber den Diebstahl im Falle der Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit zu qualifizieren, ferner denjenigen, der den Dieb einer seinem, des Begünstigten, Angehörigen im Sinne des § 247 Abs. 2

StGB. gestohlenen Sache begünstigt, straflos zu lassen, dagegen denjenigen, der eine seinen Angehörigen gehörige Sache hehlt, zu bestrafen.

Während das Preußische StGB. die Urkundenfälschung als Spezialfall des Betruges auffaßte, behandelt sie das RStGB. als selbständiges Delikt gegen die publica fides. Weismann will de lege ferenda einen Mittelweg einschlagen: Nur die Fälschungen von Urkunden von besonderer wirtschaftlicher, juristischer, politischer Bedeutung (Wechsel, Inhaberpapiere, letztwillige Verfügungen) sollen als delicta jui generis strafbar bleiben. Im übrigen soll die Urkundenfälschung allgemein (nicht nur beim Betrug) strafschärfendes Mittel der Begehung strafbarer Handlungen sein; außerdem als Angriff auf die Rechtspflege im Rahmen des weitergehenden Delikts der Fälschung sachlicher Beweismittel im Prozeß (Nordamerikanischer Entwurf). Hier wie da würde der Zweifel über den vom Reichsgericht bekanntlich unter völliger Verschmelzung mit dem Beweiszeichen zum Unterschied vom bloßen Merkzeichen weit — bis auf das famose Loch in der Scheibe einer Kontrolluhr — ausgedehnten Urkundenbegriff nicht ins Gewicht fallen, ein Zweifel, mit Bezug auf den Weismann mit Recht sagt, es sei kein gesunder Rechtszustand, wenn es von begrifflichen Unterscheidungen (zwischen Beweiszeichen und Merkzeichen), so fein, daß sie auch dem juristisch geschulten Verstande schwer faßbar sind, abhängen soll, ob eine Tat — als Betrug — mit Gefängnis oder — als schwere Urkundenfälschung — mit Zuchthaus zu bestrafen, ob sie — als einfache Urkundenfälschung — mit Gefängnis zu bestrafen oder völlig straflos zu bleiben habe. Diese begriffliche Haarspalterei würde bei der Behandlung der Urkundenfälschung als eines den schon an sich strafbaren Angriff qualifizierenden Mittels sowie bei dem Tatbestande der prozessualen Zwecken dienenden Urkundenfälschung entfallen. Denn hier wie dort erscheint nicht minder gefährlich als die Benutzung eines falschen Schriftstückes jede andere Veranstaltung — also auch die Herstellung eines unrichtigen Beweis- oder Merkzeichens —, die zum Zweck des Beweises einer Tatsache getroffen und geeignet ist. Abgesehen von dem praktischen Gewinn der Ausschaltung unfruchtbarer Begriffsunterscheidung, ferner der Ersparung der engen und dem praktischen Bedürfnis nicht genügenden Strafvorschriften der §§ 277, 278, 279 StGB. gegen falsche Beurkundung eines Arztes, würde mit der von Weismann vorgeschlagenen Behandlung der Urkundenfälschung das von ihm zutreffend hervorgehobene kriminalpolitische Mißverhältnis beseitigt sein, das namentlich in der Bestrafung von Fällen des Betruges und der Urkundenfälschung nicht selten hervortritt: Die Leute, die in der Verlegenheit zu einer Urkundenfälschung greifen, sind recht oft sozial weit minder gefährliche Menschen als abgefeimte, derartige handgreifliche Mittel verschmähende Betrüger. Gerade das vom geltenden Recht — wie sich gleich auch sonst zeigen wird — überaus abstrakt behandelte Delikt der Urkundenfälschung ist ein ausgiebiges Feld für die legislative Technik!

Soweit die Urkundenfälschung als selbständiges Delikt bestehen bleibt, will der Verfasser das abstrakte, vom Schutz der publica fides („des alten Rechts auf Wahrheit in neuer Gewandung") ausgehende Erfordernis der rechtswidrigen Absicht durch das der Schädigungsabsicht (französisches, belgisches Recht) ersetzen. In der Tat ist nicht erfindlich, welches Rechtsgut hier bei Verfolgung eines begründeten Anspruchs schutzbedürftig ist, geschweige, aus welchem Grunde erhöhte Strafe bei der auf Verschaffung eines wenn auch berechtigten Vermögensvorteils -

Digitized by Google

Italien und Norwegen behandeln umgekehrt diesen Fall milder — gerichteten Absicht erhöhte Strafe eintreten soll. Mit Recht verwirft Weismann ferner die Aufrechterhaltung der auch wiederum dem Begriffskultus Vorschub leistenden allein historisch zu erklärenden Unterscheidung von Privat- und öffentlichen Urkunden, darauf hinweisend, daß u. U. auch öffentliche Urkunden, z. B. Eisenbahnfahrkarten (Belgien behandelt ihre Fälschung ganz besonders leicht), rein privatrechtliche und zwar sehr unbedeutende Verhältnisse zum Gegenstand haben können.

Auf der anderen Seite redet Weismann einer Ausdehnung des Tatbestandes der Urkundenfälschung nach der Richtung das Wort, daß schon mit der Fälschung — auch ohne das Gebrauchmachen — das Delikt als vollendet zu gelten habe. Es läßt sich nicht leugnen, daß schon in der Herstellung der falschen Urkunde eine schwere Gefahr für das Rechtsleben liegt. Wie sehr dieser Vorschlag in der praktischen „Entwickelungsrichtung" liegt, erhellt aus der Judikatur des Reichsgerichts, die das Gebrauchmachen bereits mit der bloßen Zugänglichmachung erfüllt sieht. Mit der in Rede stehenden Erweiterung des deliktuosen Tatbestandes wäre auch der Widerspruch beseitigt, daß im Falle der privilegierten Urkundenfälschung zum Zwecke des besseren Fortkommens (§ 363 RStGB.) schon die Fälschung in der Absicht der Täuschung genügt. Der ratio legis der geringeren Strafbarkeit der Vereitelung lästiger polizeilicher Kontrolle entsprechend soll nach Weismanns Vorschlag der Tatbestand der letztgedachten, auf Papiere bestimmter Art beschränkten Strafvorschrift ausgedehnt werden auf alle falschen Papiere, wenn sie die Behörde täuschen sollen. Daneben nimmt § 363 StGB. Rücksicht auf die Absicht des Täters, sich in bedrängter Lage fortzuhelfen, und gerade hier vermißt der Verfasser mit dem selbst zu willkürlichen Abgrenzungen im einzelnen gelangten Reichsgericht bestimmte Unterscheidungskriterien gegenüber der gewöhnlichen Urkundenfälschung. Es wird sich empfehlen, überhaupt keinen besonders privilegierten Tatbestand der Urkundenfälschung aufzustellen, vielmehr den Strafrahmen der allgemeinen Urkundenfälschung soweit zu fassen — insbesondere unter Zulassung der Geldstrafe —, daß auch minder strafwürdige Fälle zu ihrem Rechte kommen. Die Subsumierung unter den allgemeinen Tatbestand würde auf der anderen Seite der auch in den Formen des § 363 möglichen Gefährlichkeit der Fälschung von Legitimationspapieren (z. B. bei Gewerbsmäßigkeit) besser Rechnung tragen.

Im übrigen fordert der Verfasser gesetzliche Klarstellung der Streitfrage, ob auch jemand, der seinem wahren Namen eine ihm nicht zukommende Eigenschaft (z. B. der Vormund ...) zufügt, Urkundenfälschung begeht, in positivem Sinne, ferner, daß auch die Erlangung einer echten Unterschrift durch Täuschung über den Inhalt der Urkunde (ein Reisender veranlaßt eine unerfahrene Person zur Unterzeichnung eines Bestellscheins unter dem Vorgeben einer unverbindlichen Adressenangabe) als Urkundenfälschung strafbar sei. Die Bestrafung unter dem Gesichtspunkt des Betruges dürfte in letzterem Falle praktisch genügen. Auch die — nach geltendem Recht an sich straflose — Falschbeurkundung in Handelsbüchern zwecks Verübung oder Verdeckung einer strafbaren Handlung (Betrug, Unterschlagung) soll strafbar werden. Hierfür dürfte gleichfalls kaum ein hinreichendes praktisches Bedürfnis bestehen.

Hinsichtlich der intellektuellen Urkundenfälschung (ß 271) will Weismann nicht darauf abstellen, auf welche Tatsachen die Beweiskraft der

öffentlichen Urkunde (des Registers) als solcher sich bezieht, sondern ob eine Pflicht zu wahrheitsmäßiger Aussage bestanden hat.

Ebenso wie die Urkundenfälschung soll auch die Urkundenunterdrückung (§ 274) Strafverschärfungsgrund für alle Delikte sein; abgesehen davon soll sie in dem vom amerikanischen Recht und vom Schweizer Entwurf vorgebildeten allgemeinen de lege ferenda auch zur Aufnahme des Deliktes der Grenzfälschung tauglichen Tatbestand der Entziehung eines Beweismittels im Prozeß aufgehen. Soweit die Urkunde nur als Wertträger in Frage kommt, reicht nach Ansicht des Verfassers der Tatbestand der Sachbeschädigung und Unterschlagung aus.

Wegen der verwandten Struktur will Weismann die Fälschung der Wertzeichen (§§ 275, 276) analog der Münzfälschung behandeln, insbesondere durch Aufstellung einer dem § 151 entsprechenden, Vorbereitungshandlungen pönalisierenden Strafvorschrift.

Nach dem deutschen Recht ist der Betrug Vermögens-Verschiebung durch Täuschung: es muß wenigstens subjektiv die Absicht der eigenen oder fremden Bereicherung dem Erfolge des Abbruchs, den das Vermögen des Getäuschten erleidet, entsprechen. Hegler fordert unter dem Gesichtspunkt der Parallele zu andern Vermögensverschiebungsdelikten, insbesondere dem Diebstahl, daß im künftigen StGB. das Moment der Vermögensvermehrung auf Seiten des Täuschenden oder des Dritten auch objektiv zum Ausdruck gelangt, d. h. daß der Betrug als solcher nur vollendet sein soll, wenn durch die Vermögensschädigung des Getäuschten der Täuschende oder der Dritte wirklich bereichert ist. Weiter soll für eine solche Gestaltung des Tatbestandes des Betruges maßgebend sein das Interesse an klarer Scheidung von der reinen, nicht mit Bereicherung der einen auf Kosten der andern Seite verbundenen Vermögensentziehung, die in Wiederaufnahme eines fruchtbaren Gedankens der deutschen Partikularrechte, dessen Niederschlag sich auch in neueren ausländischen Strafgesetzen (z. B. Österreich, Norwegen) findet, im neuen StGB. als besonderer Tatbestand zu erscheinen habe, dem wesentlich die bloße Vermögensminderung auf Seiten des Getäuschten ist. Diese reine Vermögensentziehung durch Täuschung soll milder bestraft werden als die Vermögensverschiebung. Auch bei ihr soll der Eintritt der Vermögensschädigung wie bei der Vermögensverschiebung zur Vollendung des Delikts verlangt werden.

Es fragt sich, ob das Erfordernis eingetretener Bereicherung für die Deliktsvollendung praktisch von erheblicher Bedeutung ist, wenn die Strafbarkeit des Versuchs, wie auch Hegler will, aufrechterhalten wird. Mit der Strafbarkeit des Betrugsversuchs erübrigt sich auch eine grundsätzliche Stellungnahme zu der vom Verfasser bejahten Frage, ob zum Betrug der Eintritt der Vermögensschädigung auch de lege ferenda gehören sol. Der für die Verneinung der Frage von anderer Seite hervorgehobene Gesichtspunkt, es dürfe die Strafbarkeit des Täuschenden nicht von dem Zufall abhängen, ob der Getäuschte eine sein Vermögen schädigende Disposition treffe, enthält an sich einen gesunden Kern, der nach einer anderen Richtung für den Tatbestand des Betruges entsprechend Bedeutung, und zwar auch praktische, gewinnt. Wir erleben es täglich, daß ein Kaufmann behauptet, durch die falsche Vorspiegelung des Bestellers über seine gesellschaftliche Stellung (Adel usw.) zur Kreditgewährung bestimmt zu sein. Die Gerichte

Digitized by Google

pflegen sich in solchen Fällen damit zu helfen, daß sie dieser Behauptung als im Gegensatz zur vernünftigen Lebenserfahrung stehend den Glauben versagen und ausführen, daß für die Kreditierung jedenfalls nicht jenes Vorbringen, sondern die Annahme des Getäuschten, es mit einer zahlungsfähigen Person zu tun zu haben, kausal war. Hiermit tragen die Gerichte in das Gesetz einen ihm fremden, de lege ferenda aber durchaus fruchtbaren Gedanken hinein, nämlich das auch im englischen Recht verlangte Moment der allgemeinen, vom Standpunkt der durchschnittlichen Lebenserfahrung bestehenden Geeignetheit des Täuschungsmittels zur Täuschung. Es darf die Strafbarkeit der Handlung als Betrug nicht von dem Zufall abhängen, ob ein im allgemeinen untaugliches Mittel einmal zur Täuschung und dadurch zur Vermögensschädigung geführt hat. Der Einwand, daß hiermit die Schutzlosigkeit gerade der geeignetsten Opfer des Betrugs, der Leichtgläubigen, proklamiert sei, trifft nicht zu; er greift nur gegenüber dem weitergehenden Erfordernis des englischen Rechts, durch das der Getäuschte die durchschnittliche Vorsicht prästiert haben müsse: hier handelt es sich um einen nicht schutzlos zu lassenden Mangel an Aufmerksamkeit, einen Willensfehler. Wer dagegen zwar gehörige Aufmerksamkeit anwendet, aber trotzdem in Verkennung der realen Tatsachen des Lebens einem auf Täuschung berechneten Vorbringen eine ihm nicht zukommende Bedeutung beimißt, kann Anspruch auf den Schutz des normale Einschätzung der Lebensfaktoren voraussetzenden Rechts nicht erheben.

Daß die Täuschung eine Disposition des Getäuschten verursachen müsse, welche die Schädigung seines Vermögens zur Folge hat, ist nach geltendem deutschen Recht selbstverständlich. Der Verfasser wünscht aber ausdrückliche Hervorhebung dieses im Norwegischen StGB. und Schweizer Entwurf aufgeführten Merkmals des Betruges zur Vermeidung der Subsumierung ganz anders gearteter Fälle, in denen durch die Täuschung nur das vermögensschädigende Handeln eines anderen ermöglicht wird (Veranlassen durch Täuschung zu einer Reise, um einen Diebstahl auszuführen).

Das von der herrschenden Meinung schon de lege lata abgelehnte Erfordernis der Identität des Getäuschten und in seinem Vermögen durch die Irrtumserregung Geschädigten verneint der Verfasser auch de lege ferenda und wünscht dies zum gesetzlichen Ausdruck gebracht. Immerhin vertritt er die „relative Identität", d. h. er verlangt, daß der Getäuschte und die Vermögensdisposition Vornehmende den Geschädigten im Willen vertritt, wobei auch der Prozeßrichter, der kraft seines Amtes über das Vermögen anderer „disponiere", durch einen geeigneten Zusatz im Gesetz mitberücksichtigt werden soll. Den Tatbestand des Versicherungsbetruges will Hegler in zwei Teile spalten, deren einer allgemein die Beschädigung oder Zerstörung versicherter Sachen in der von § 265 StGB. vorausgesetzten Absicht sein soll, während die in § 265 allein hervorgehobene Brandstiftung als gemeingefährliches, durch die versicherungsbetrügerische Absicht qualifiziertes Verbrechen zu behandeln sei.

Die dem Betrugsbegriff schwer subsumierbaren Fälle der Zechprellerei, des blinden Passagiers, des Automatenmißbrauchs, schlägt Verfasser vor, als delicta sui generis zu pönalisieren. Den Bettelbetrug faßt er allerdings als eigentlichen Betrug auf; er will ihn aber als zur „kleinen Kriminalität" ebenso wie die Zechprellerei gehörendes Delikt insbesondere

unter dem Gesichtspunkt milder behandelt wissen, daß der Gebende sich über das Vorliegen einer schädigenden Vermögensschiebung im klaren sei. Als zu privilegierende Fälle des Betruges nennt der Verfasser schließlich insbesondere noch die dem Mundraub entsprechenden Mundbetrug und das Wahrsagen gegen Entgelt.

Hinsichtlich des eigentlichen Betruges plädiert Hegler mit Recht für einen möglichst weiten Strafrahmen, innerhalb dessen der plumpe Gelegenheitsbetrug ebenso wie der auch mit Zuchthaus zu bedrohende raffinierte Schwindel im großen auf seine Rechnung kommt, und für eine Qualifizierung des Delikts durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit.

Derselbe Verfasser hat auch die Nahrungsmittelfälschung behandelt. Er dringt auf eine im geltenden Recht, namentlich im Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879, nicht hinreichend durchgeführte Scheidung der auf den Schutz der Gesundheit der Konsumenten und den Schutz des staatlichen Interesses an der Sicherheit und Reellität des Warenverkehrs abzielenden Normen. Unter dem sanitären Gesichtspunkt soll das Feilhalten — nicht nur, wie § 10 Ziff. 2 des Gesetzes will, das Verkaufen — verdorbener oder noch nicht ausgereifter Nahrungs- und Genußmittel unter Verschweigung dieses Zustandes auch ohne die zur Zeit vorausgesetzte Täuschungshandlung strafbar werden. Die Sicherheit des Warenverkehrs gebietet nach Ansicht Heglers die Aufstellung eines allgemeinen Delikts der Warenfälschung, von der die Nahrungsmittelfälschung unter Einbeziehung der Arzneimittel nur einen qualifizierten Fall zu bilden habe (Norwegisches StGB., Österreich). Mit allerlei Kautelen redet der vorsichtige Verfasser der Statuierung eines allgemeinen Deliktes der auf Täuschung gerichteten bloßen Falschbezeichnung beim Inverkehrbringen von Waren, insbesondere Nahrungsmitteln, das Wort, also auch abgesehen von dem Gesichtspunkt der Gesundheitsgefährdung in § 5 Ziff. 2 des geltenden Gesetzes, weiter erwägend, daß auch das Warenzeichengesetz und das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes nicht alle in Betracht kommenden Fälle decken.

Wie beim Betruge soll auch beim Delikt der Warenfälschung die gewerbsmäßige Begehung straferhöhend wirken.

Nach geltendem deutschen Konkursrecht ist die Zahlungseinstellung trotz fehlender Zahlungsunfähigkeit Strafgrund für den Bankerutt, wenn der Konkurs über das Vermögen des Schuldners nicht eröffnet ist. Ist dagegen der Konkurs eröffnet, der umgekehrt nicht Zahlungseinstellung, sondern Zahlungsunfähigkeit voraussetzt, so ist der Schuldner, der bei Vermeidung des Konkurses in diesem Falle straflos wäre, strafbar, falls er zwar noch seine laufenden Verpflichtungen, wenn auch unter unwirtschaftlichem Mißbrauch des Kredits und bei wachsender Überschuldung erfüllt, dagegen unfähig ist, aus den ihm verfügbaren Barmitteln zu zahlen. Zur Beseitigung dieses Zwiespaltes will Wach de lege ferenda die Zahlungseinstellung in jedem Falle nur dann als Konkursgrund gelten lassen, wenn sie Symptom der Zahlungsunfähigkeit ist. Neben den eigentlichen kriminellen, einen materiellen Angriff auf die Gläubigerinteressen enthaltenden Tatbeständen schlägt Wach, insbesondere nach dem Muster der schweizerischen Gesetzgebung, vor, Tatbestände aufzustellen, die sich mehr als prozessuale Ordnungswidrigkeiten darstellen und mit einer Ordnungsstrafe genugsam gesühnt seien. Hierher gehöre die Verweigerung der Auskunftspflicht oder die uneidliche unrichtige Auskunftsertei-

lung des Gemeinschuldners über sein Vermögen desgleichen des Vollstreckungsschuldners bei der Spezialexekution, ferner die Verletzung der Präsenzpflicht (§ 100 KO.). Vor allem denkt der Verfasser aber an die Funktion dieser prozessualen Tatbestände, die eigentlichen Bankeruttbestände einzuschränken. So soll der Schuldner, der nach Stellung des Antrages auf Konkurseröffnung über sein Vermögen, über den Rahmen ordnungsmäßigen Lebens- und Geschäftsführung hinaus ohne den Ausgleich durch ein volles Äquivalent verfügt, einer Prozeßstrafe verfallen; der Bankeruttstrafe deshalb nicht, weil sich die Handlung bei Grundlosigkeit des Eröffnungsantrages als völlig unschädlich herausstellen könne. Auch Dritten gegenüber soll eine Ordnungsstrafe eintreten, wenn sie dem Verbote des offenen Arrestes (§ 118 KO.) zuwiderhandeln, insbesondere von dem Besitz von Sachen des Kridars keine Anzeige machen: hierdurch will Wach die Anwendbarkeit der „überaus harten und unklaren" Vorshrift des § 242 Ziff. 1 KO. auf diesen Fall ausschließen.

Im Zusammenhang mit diesen „Prozeßdelikten" erörtert der Verfasser die im HGB. und anderen Strafnebengesetzen aufgestellte Strafvorschrift gegen pflichtwidrige Unterlassung des Eröffnungsantrages. Sie beschränkt sich bislang auf Handelsgesellschaften. Für den Fall der Einführung einer generellen Pflicht zur Stellung des Antrages auf Konkurseröffnung bei Überschuldung usw. fordert Wach die Sanktionierung dieser Pflicht durch die Androhung einer Ordnungsstrafe.

Materielles Konkursdelikt und bloße Ordnungswidrigkeit werden auch für die Neugestaltung der Buchdelikte (§ 239 Ziff. 3, 4, § 240 Ziff. 3, 4 KO.) unterschieden. Lediglich als Ordnungswidrigkeit habe zu gelten die aus Nachlässigkeit unterlassene oder unordentliche Buchführung und Bilanzziehung. Die Unterscheidung von einfachem und betrügerischem Bankerutt nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Benachteiligungsabsicht gegenüber den Gläubigern wird mit dem berechtigten Hinweis abgelehnt, daß auch die als bloß einfacher Bankerutt in § 240 Ziff. 3 KO. unter Strafe gestellte Verheimlichung und Vernichtung von Handelsbüchern der Natur der Sache nach mit der Vorstellung der Verdunkelung des Vermögenszustandes verbunden ist. De lege ferenda will Wach betrügerischen oder einfachen Bankerutt, und zwar allgemein — nicht nur bezüglich der Buchdelikte — annehmen, je nachdem der Erfolg einer konkursmäßig schädlichen Wirkung der Handlung vorgestellt oder nur vorstellbar war. Hiermit weist gleichzeitig der Verfasser den Standpunkt des geltenden Rechts ab, das den Zufall des bloßen Nacheinander völlig zusammenhangsloser Bankerutthandlung und des Bankerutts zur Strafbarkeit genügen läßt. Im übrigen soll die kasuistische Methode des geltenden Rechts durch die exemplifikatorische ersetzt, demgemäß die Beeinträchtigung der Masse allgemein, insbesondere durch Veräußerung usw., pönalisiert werden.

Nicht nur die Konkurseröffnung und die Zahlungseinstellung soll künftig Strafgrund für den Angriff auf die Gläubigerrechte sein, sondern, wie im Norwegischen Recht, die durch gerichtlichen Beschluß angeordnete Akkordverhandlung und die Ablehnung des Konkurses mangels Masse.

Entsprechend der Neuregelung des vorsätzlichen Bankerutts empfiehlt Wach, den wesensverwandten Tatbestand des außerkonkursmäßigen Absichtsdelikts des § 288 StGB. in die vorsätzliche Vereitelung der Gläubigerbefriedigung durch Beseitigen von Vermögensstücken umzuwandeln. Zutreffend bemerkt der Verfasser, daß es vielfach Zufallsfrage ist, ob dieselbe Vereitelungshandlung infolge der sich später anreihenden Zahlungs-

einstellung oder Konkurseröffnung zu dem in erster Linie mit Zuchthaus bedrohten betrügerischen Bankerutt wird, oder ob es bei dem weit weniger schweren Tatbestande des § 288 StGB mangels Konkurses oder Zahlungseinstellung bleibt. Der Vorschlag einer Annäherung der beiden Strafrahmen ist daher durchaus gerechtfertigt.

Freudenthal will den in den romanischen und englisch-amerikanischen Rechten fehlenden selbständigen Tatbestand der Untreue in dem künftigen deutschen StGB. nicht missen, da ihm unser „präziser" Unterschlagungstatbestand zur Ausdehnung zu schade ist. Nach dem Vorbilde zahlreicher neuerer Strafgesetzgebungen befürwortet er aber eine auch die Spezialfälle der Untreue in den Nebengesetzen deckende allgemeinere Fassung des Tatbestandes unter Vermeidung der doch nicht erschöpfenden Kasuistik des RStGB. Von der Beschränkung auf den Schutz von Vermögensinteressen abzugehen empfiehlt der Verfasser nicht. Dagegen will er den Strafschutz von der nach Ziff. 2 des § 266 StGB. bestehenden Voraussetzung, daß gerade über Vermögensstücke des Auftraggebers selbst verfügt ist, unabhängig machen, so daß z. B. auch derjenige, der vom Vormunde eines Minderjährigen beauftragt ist, sich der Untreue schuldig macht, wenn er zum Nachteile des Minderjährigen handelt.

Die Gewinnsucht als Strafschärfungsgrund lehnt der Verfasser mit dem neuen Russischen StGB. ab, da z. B. das Motiv bloßer Freude an fremdem Verlust relativ strengere Ahndung verdiene. Auch den nicht kraft Auftrags, sondern kraft seiner Stellung handelnden gesetzlichen Vertreter will Freudenthal künftig nicht privilegiert wissen. Der Vorschlag, zum Zwecke des Ausgleichs mit Betrug und Unterschlagung, auch bei der Untreue Geldstrafe zuzulassen, ist unbedenklich.

Auch Richard Schmidt wünscht für den von ihm behandelten Tatbestand des Wuchers eine allgemeinere, auf die spezielle Hervorhebung besonderer ausgebeuteter Verhältnisse verzichtende Fassung, sodaß z. B. auch die wucherische Ausbeutung einer nur augenblicklichen, nicht auf Unerfahrenheit oder Leichtsinn beruhenden Unkenntnis strafbar wäre. Nach seiner Ansicht ist es weiter für eine über den Standpunkt des französischen Rechts, den Wucher nur beim Darlehen zu bestrafen, hinausgelangte Gesetzgebung ungerechtfertigt, den Darlehnswucher insofern strenger als den Wucher bei anderen Geschäftsformen zu behandeln, als ersterer in allen Fällen, der Sachwucher nur bei Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit mit Strafe bedroht werde, zumal im Hinblick auf den sozial besonders gefährlichen Vieh- und Grundstücks-Kaufwucher auf dem Lande. Auf der anderen Seite will Schmidt, dem österreichischen Recht folgend, nur den Kreditwucher -- unter ihn fallen mit Rücksicht auf die allein maßgebende wirtschaftliche Absicht auch die eben gedachten Arten — pönalisiert wissen, weil nur ihm das beim Bargeschäft fehlende Abhängigkeitsverhältnis des Schuldners zum Gläubiger eigentümlich sei; zum mindesten solle beim Bargeschäft die Strafbarkeit von der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Begehung abhängig sein. Von der Strafbarkeit schließt Schmidt auch de lege ferenda den von der herrschenden Praxis ignorierten Lohnwucher wegen der Variabilität des Wertes der persönlichen Arbeitsleistung aus. Mit Recht fordert Schmidt von der ratio des Schutzes des Schuldners aus im Gegensatz zum gelten-

den, die Unverhältnismäßigkeit der Gegenleistung des Schuldners an der Leistung des Gläubigers messenden geltenden Recht, daß der Vermögensvorteil, den sich der Täter gewähren läßt, in auffälligem Mißverhältnis zu den dem Schuldner gemachten Zuwendungen stehe. Wie im österreichischen Recht soll allgemein die Strafbarkeit des Wuchergeschäfts durch seinen ruinösen Charakter für das Vermögen des Schuldners bedingt sein. Diese Forderung scheint uns höchstens beim Börsenwucher (§ 78 Börsengesetzes), wo der Verfasser sie, unter Verwerfung des Merkmals der Gewohnheitsmäßigkeit auch aufstellt, angebracht zu sein. Den Tatbestand der Ausbeutung eines Minderjährigen will Schmidt dahin erweitern, daß an Stelle der gewinnsüchtigen die Bereicherungs-Absicht, und daß ferner die Übernahme einer Leistungspflicht in irgend einer Form — zur Zeit ist nur das Versprechen einer Geldzahlung nicht an die Schriftform gebunden — genüge. Erwähnt sei noch sein prophylaktischer Vorschlag, die Geldverleiher wie in England gleich den Pfandleihern in den Kreis der konzessionierten Gewerbe einzubeziehen.

Bei der von Finger erörterten Verletzung der Geheimnissphäre ist zu unterscheiden das Eindringen in fremde Geheimnisse und die Verbreitung (der Verrat) von Geheimnissen. In ersterer Hinsicht schützt das RStGB. nur das Briefgeheimnis. Darüber hinaus will der Verfasser, wie es der Kanton Solothurn tut, allgemein das Verschlußgeheimnis schützen, demgemäß unter Strafe stellen das unbefugte Eröffnen von Verschlüssen, Siegeln, Paketen, desgleichen auch das Verbreiten des durch Bruch des Verschlußgeheimnisses Erkundeten. Ebenso wie dieser Vorschlag scheint uns auch der im Anschluß an das Norwegische, Italienische und Österreichische Recht gemachte, die Vorenthaltung und Verheimlichung schriftlicher Mitteilungen mit Strafe zu bedrohen, einem praktischen Bedürfnis zu entsprechen. Dagegen lehnt Finger mit Recht den Schutz des Geheimnisses offener Urkunden (Ungarn, Italien, Tessin) unter Hinweis auf den Selbstschutz ab. Dieser Gesichtspunkt scheint uns jedoch nicht durchzuschlagen für die völlige Ablehnung des Grundgedankens des allerdings zu vagen Sächsischen Strafgesetzes von 1838 gegen das „Eindringen in fremde Geheimnisse auf unerlaubte Weise". Der Gesetzgeber sollte wenigstens der in gewinnsüchtiger oder Schadens-Absicht (Schaffhausen) erfolgenden Beeinträchtigung der individuellen Bewegungsfreiheit durch das detektivmäßige Eindringen in die intimsten Privatgeheimnisse entgegentreten!

Davon ausgehend, daß ein Strafschutz gegen den Verrat fremder Geheimnisse überall da nötig ist, wo die Nötigung bestehe, gewissen Personen den Einblick in die eigene Geheimnissphäre zu gewähren, will Finger durch die künftig dem § 300 StGB. entsprechende Strafnorm allen solchen Vertrauenspersonen oder im öffentlichen Interesse zum Einblick in die Privatverhältnisse Befugten die Pflicht zur Geheimhaltung auferlegen. Den in richtiger Abwägung der Interessen des Geschäftsherrn einerseits und des Angestellten an der Verwertung des Gelernten anderseits auf die Dauer des Dienstverhältnisses beschränkten Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses im geltenden deutschen Recht findet Finger nicht reformbedürftig.

Nagler will de lege ferenda den „gesunden" Grundgedanken des deutschen Jagdwilderei-Tatbestandes unter Einbeziehung einzelner

besonderer schwerer Akte der Hegebeeinträchtigung (Beschädigung und Vernichtung des Wildes) zur Entfaltung gebracht wissen. Die nach geltendem Recht unter den ordentlichen Tatbestand des Jagdvergehens fallende Aufnahme von Fallwild soll hierbei milder angesehen werden. Bei der Auswahl der das Vergehen qualifizierenden Gründe soll vor allem die Gefährdung des Jagdberechtigten und des Schutzpersonals durch den Wilderer in Betracht kommen. Im übrigen redet Nagler der Beseitigung der „sinnlosen Ungerechtigkeit" (Binding), die in der unterschiedslosen Einziehung des § 295 StGB. liegt, das Wort.

Auch die Fischwilderei bedarf nach Ansicht desselben Verfassers keiner prinzipiellen Neuregelung, sondern nur der technischen Vervollkommnung in Anlehnung an das in dieser Beziehung auch bei der Jagdwilderei vorbildliche Österreichische und Norwegische Recht.

Endlich soll § 296a RStGB. (verbotene Seeküstenfischerei) gleichfalls nur der Ergänzung des Tatbestandes bedürfen: Ohne Unterschied, ob von In- oder Ausländern begangen, sei strafwürdig die böswillige Vernichtung der Nutzungsobjekte. Nur die in größerem Umfange betriebene Fischerei verdiene im übrigen Strafe.[3])

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

StPO. § 266 Abs. 3 in Verb. mit StGB. § 183. Der Zweck der Abschreckung Anderer von Begehung gleicher Straftaten kann von dem Tatrichter ohne Rechtsirrtum als straferhöhender Strafzumessungsgrund in Betracht gezogen werden.

I. StrS. U. v. 23. März 1908 g. M. I D 84/08.

Aus den Gründen (nachdem ausgeführt ist, daß der Tatbestand des § 183 StGB. gegen den Angeklagten ohne Rechtsirrtum festgestellt sei): . . . Ebenso wenig ist die Strafbemessung von einem Rechtsirrtum beeinflußt. Selbst wenn die Stelle des Urteils: „es erschien daher angezeigt, durch eine ausgiebige Gefängnisstrafe . . . zu bewirken, daß einem solchen Treiben Einhalt getan wird, damit die Eltern ihre Kinder wenigstens ohne Sorgen in die öffentlichen Bäder schicken können", dahin auszulegen wäre, daß das Gericht hier nicht die Gemeingefährlichkeit der Person des Angeklagten straferhöhend in Betracht gezogen, sondern die Abschreckung anderer von der Begehung gleicher Straftaten bezweckt, und darum zu einer empfindlicheren Strafe gegriffen hat, so hätte der Tatrichter hierdurch seine Befugnis, die Strafe nach freiem Ermessen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu bemessen, noch nicht rechtsirrig überschritten. Kein Rechtszusatz besteht, daß für das Gericht beim Ausmaß der Strafe grundsätzlich nur der Gesichtspunkt der Sühne des Verbrechens die Richtschnur bilden darf, und daß nicht in den Bereich der Strafzumessung ein Umstand gezogen wird, der zwar in keiner unmittelbaren Beziehung zur Tat oder zum Täter steht, wohl aber, ohne mit dem inneren Wesen der Strafe unvereinbar zu sein, sich als ihre notwendige, gegen außen wirksame Folge darstellt.

[3]) Hiermit ist die Besprechung der sämtlichen 9 Bände des „Besonderen Teiles" des rechtsvergleichenden Werkes abgeschlossen. Der nächste Bericht beginnt mit dem „Allgemeinen Teil".

Digitized by Google

Wer sich des Bruchs der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, kann sich mit Grund nicht beschweren, wenn ihm gegenüber bei Wiederherstellung der von ihm mißachteten Rechtsordnung durch Ausspruch einer Strafe auch das allgemeine Interesse der Zurückdrängung und Verhinderung des Verbrechens zur Geltung kommt. Das Strafgesetzbuch kennt andererseits eine Reihe von polizeilichen Abwehrmaßregeln, wie die Verweisung aus dem Bundesgebiet oder die Unbrauchbarmachung von Schriften und Abbildungen, auf die von den Gerichten zu erkennen sind; die Befassung mit einem solchen Zweck fällt also nicht außerhalb der richterlichen Aufgabe.

Auch sonst tritt im Urteile kein Rechtsirrtum zutage, das Rechtsmittel war zu verwerfen.

StPO. § 264 Wenn der Eröffnungsbeschluß aus §§ 270, 268 Nr. 1 StGB., die Verurteilung aber aus §§ 270, 267 StGB. ergangen ist, so bedarf es eines Hinweises auf die Anwendbarkeit des § 267 StGB. nicht, weil auf diesen durch die Anwendung sowohl des § 270 als auch des § 268 Nr. 1 Bezug genommen ist.

II. StrS. U. v. 24. März 1908, g. L. 2 D 166/08.

Aus den Gründen: Der Eröffnungsbeschluß vom 30. Oktober 1907 legte dem Angeklagten ein „Verbrechen, strafbar nach §§ 270, 268 Nr. 1 StGB." zur Last. Die Verurteilung ist wegen einfacher Urkundenfälschung aus §§ 270, 267 StGB. erfolgt.

Der § 270 (Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn . . .) findet seine notwendige Ergänzung bezüglich der Tatbestandsmerkmale in den §§ 267—269, bezüglich der Strafdrohungen in den §§ 267, 268. Wird er allein in dem Eröffnungsbeschlusse neben der mit ihren gesetzlichen Merkmalen bezeichneten Tat angeführt, so ist dadurch begrifflich auch der § 267 angeführt, ebenso wie bei alleiniger Anführung des § 268 neben der Hervorhebung eines der beiden Erschwerungsgründe auch auf den § 267 in Betreff von Tatbestandsmerkmalen hingewiesen wird. Daher bedurfte es nicht nach § 264 StPO. eines ausdrücklichen Hinweises auf die Anwendbarkeit des § 267, weil auf diesen durch die Anführung sowohl des § 270 als auch des § 268 Nr. 1 bezug genommen war und weil der Wegfall des Erschwerungsgrundes die Bezugnahme auf ihn durch Bezeichnung des § 270 bestehen ließ.

StGB. § 184 Nr. 3. Die Annahme einer Ankündigung „dem Publikum" gegenüber i. S. des § wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Ankündigung oder Anpreisung sich auf gewisse gewerbliche Fach- oder Berufskreise beschränkt.

II. StrS. U. v. 24. März 1908 g. F. u. Gen. 2 D 102/08.

Aus den Gründen: Eine Ankündigung oder Anpreisung richtet sich an das Publikum, wenn sie gegenüber einer Mehrzahl unbestimmt welcher und wievieler Personen im Gegensatze zu einem individuell bestimmten, in sich abgeschlossenen Kreise von Menschen erfolgt. Dadurch, daß sich die Ankündigung oder Anpreisung auf gewisse gewerbliche, Fach- oder Berufskreise beschränkt, wird nicht die Annahme ausgeschlossen, daß sie im Sinne des § 184 Nr. 3 StGB. dem Publikum gegenüber stattfindet.

Auch die Gleichartigkeit eines etwaigen gewerblichen Interesses der ungefähr sechzig Gummiwarenhändler, denen die Angeklagten die Druckschrift „Ex, anticonceptionelles Mittel" zugesandt haben, an dem Absatze dieses Mittels bildet kein Merkmal, das die Empfänger der Hefte als einen innerlich durch gemeinsame Beziehungen verbundenen und nach außen hin erkennbar abgeschlossenen Personenkreis erscheinen ließe.

Hiernach beruht es auf einer Verletzung des Gesetzes, wenn der Vorderrichter, indem er die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 184 Nr. 3 a. a. O für gegeben erachtet, um deswillen zur Freisprechung der Angeklagten gelangt, weil die Ankündigung oder Anpreisung nicht dem Publikum gegenüber geschehen sei. Dem Antrage des Oberreichsanwalts entsprechend war daher das Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Digitized by Google

StGB. §§ 73, 177, 43, 176 Nr. 3. Ist der Angeklagte des Notzuchtsversuchs und des vollendeten Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. in Idealkonkurrenz unter mildernden Umständen schuldig, so ist die Strafe aus §§ 177, 43 StGB. zu verhängen.

V. StrS. U. v. 24. März 1908 g. N. 5 D 190/08.

Gründe: Der Angeklagte ist durch den Spruch der Geschworenen der versuchten Notzucht und des Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. in einheitlichem Zusammentreffen unter Bewilligung mildernder Umstände für schuldig befunden worden. Das Landgericht hat die Strafe aus § 176 Nr. 3 StGB. verhängt. Dies enthält, wie die Revision zutreffend rügt, eine Verletzung des § 73 StGB. Denn für die Frage, welches Gesetz die schwerste Strafe androht, entscheidet die Strafandrohung in thesi. Dabei kommt zwar in Betracht, ob das eine oder andere der in einheitlicher Handlung verübten Delikte im Stadium des Versuches stehen geblieben ist. Auch die für den Fall der Bewilligung mildernder Umstände angedrohte Strafe ist in Betracht zu ziehen, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob die mildernden Umstände tatsächlich bewilligt sind oder nicht. In erster Linie entscheidet bei Gleichheit der Strafart das Höchstmaß der angedrohten ordentlichen Strafe; nur wenn bei beiden Delikten die höchste zulässige ordentliche Strafe gleichbemessen ist, kommt das angedrohte Strafminimum, und hierbei eventuell auch die für den Fall der Bewilligung mildernder Umstände angedrohte niedrigste Strafe in Betracht.

— Rechtsp. **10** 159; Entsch. **30** 284. —

Darnach mußte hier die Strafe aus §§ 177, 44 StGB. verhängt werden, da bei versuchter Notzucht das Höchstmaß der ordentlichen Strafe 14 Jahre 11 Monate, bei dem vollendeten Verbrechen gegen § 176 Nr. 3 StGB. dagegen nur 10 Jahre Zuchthaus beträgt.

Der Angeklagte ist jedoch durch diese Verletzung des § 73 StGB. nicht beschwert. Allerdings hätte das Landgericht, da dem Angeklagten mildernde Umstände bewilligt waren, bei Bemessung der Strafe aus §§ 177, 44 StGB. tiefer, als es nach § 176 StGB. möglich war, hinabgehen können, nämlich auf 3 — anstatt auf 6 — Monate Gefängnis. Das Landgericht ist indes mit Rücksicht auf die Schwere der Tat auch über das nach § 176 StGB. zulässige niedrigste Strafmaß hinausgegangen. Es ist daher ersichtlich jener Verstoß ohne Einfluß auf die Strafzumessung gewesen. Auch dadurch, daß in dem Tenor des Urteils die Verurteilung des Angeklagten wegen Sittlichkeitsverbrechens, begangen in einheitlicher Handlung mit Notzuchtsversuch ausgesprochen ist, anstatt, wie es hätte geschehen sollen, wegen versuchter Notzucht, begangen in einheitlicher Handlung mit Sittlichkeitsverbrechen gegen § 176 Nr. 3 StGB. ist der Angeklagte in keiner Weise benachteiligt.

Im übrigen läßt das angefochtene Urteil eine Verletzung materiellen Rechtes nicht erkennen. Die Revision ist daher zu verwerfen.

StGB. § 267. 1. Begriff der rechtswidrigen Absicht i. S. des §. — 2. Eine mit Dr. A. unterzeichnete Anzeige ist nur dann eine beweiserhebliche Privaturkunde, wenn die abgekürzte Unterschrift auf eine bestimmte aus der Urkunde selbst oder doch aus ihr in Verbindung mit den Begleitumständen erkennbaren Person hinweist; es genügt nicht, daß sie darauf hinweist, der Aussteller gehöre einer bestimmten Personenklasse (akademisch Graduierten) an.

V. StrS. U. v. 31. März 1908 g. Sch. 5 D 150/08.

Gründe: Der Revision der Staatsanwaltschaft ist in Übereinstimmung mit dem Antrag des Oberreichsanwalts stattzugeben, weil die Begründung des angefochtenen Urteils, mit welcher das Vorliegen einer rechtswidrigen Absicht verneint ist, rechtsirrig ist. Der Begriff der rechtswidrigen Absicht im Sinne des § 267 StGB. erfordert nicht eine auf einen materiell rechtswidrigen Erfolg gerichtete Absicht; es genügt vielmehr, daß der Täter beabsichtigt, durch den Gebrauch der gefälschten Urkunde als eines Beweismittels eine Einwirkung im Rechtsverkehr auszuüben, eine Beeinflussung, Veränderung oder Verschiebung von Rechten oder Rechtsverhältnissen zu bewirken.

(Vergl. u. a. Entsch. **35** 117 (119), Goltd. Arch. **50** 129.)

Wenn daher der Angeklagte, wie das Landgericht annimmt, durch die Unterzeichnung der an das Kriminalkommissariat gerichteten Anzeige mit „Dr. A." beabsichtigte, seiner Anzeige mehr Nachdruck dadurch zu verleihen, daß in dem Anzeigenden eine akademisch gebildete Person vermutet würde, und hier-

Digitized by Google

durch das infolge der Anzeige einzuleitende Strafverfahren zu beschleunigen, so würde damit die rechtswidrige Absicht gegeben sein, obwohl die Anzeige auf Wahrheit beruhte und der Angeklagte in öffentlichem Interesse, also aus sittlich erlaubten Motiven, handeln wollte.

Das angefochtene Urteil unterliegt hiernach der Aufhebung.

Bei der erneuten Verhandlung werden folgende rechtliche Gesichtspunkte zu beachten sein:

Wie der Begriff einer echten beweiserheblichen Urkunde voraussetzt, daß sie regelmäßig aus sich selbst, in besonderen Fällen wenigstens unter Mitwirkung anderer Umstände, eine individuell bestimmte Person (oder eine bestimmte Personenmehrheit) als den Aussteller zum mindesten den Nächstbeteiligten kenntlich macht, so setzt auch der Begriff einer fälschlich angefertigten Privaturkunde im Sinne des § 267 StGB. voraus, daß sie den Anschein erweckt, als sei sie von einer bestimmten, aus der Urkunde selbst oder doch aus den Begleitumständen erkennbaren Person — einer anderen als der des Täters — ausgestellt. Es genügt nicht, daß sie nur darauf hinweist, daß der Aussteller der Urkunde einer bestimmten Personenklasse, den Einwohnern einer bestimmten Ortschaft usw. angehöre, während die Individualität des Ausstellers nicht bezeichnet wird.

(Vergl. Entsch. **17** 282 (283); **26** 270 (271); **30** 118 (121 unten); **34** 205; **38** 248 (250); **40** 217; ferner auch **11** 183 (186); **13** 71 (74); **17** 352 (356, 357); **35** 94 (96).)

Die abweichende Entscheidung in Goltd. Arch. **37** 190 ist aus den besonderen Umständen des Falles zu erklären.

Dementsprechend ist für den inneren Tatbestand der Urkundenfälschung zu erfordern, daß der Täter mit dem Vorsatze handelte, die Urkunde als von einer bestimmten andern Person herrührend erscheinen zu lassen. Will der Täter diesen Anschein nicht erwecken, eine Täuschung darüber nicht hervorrufen, als wolle eine bestimmte andere Person den in dem Schriftstück niedergelegten Inhalt sich zu eigen machen, als ihr Zeugnis oder ihre Willenserklärung vertreten, so fehlt der Vorsatz der fälschlichen Herstellung einer Urkunde, und das Gebrauchmachen von der Urkunde erfolgt ebenso wie bei einer rein anonymen Anzeige nicht zum Zwecke einer Täuschung im Sinne des § 267 StGB.

Es wird daher zu prüfen sein, ob die Anzeige des Angeklagten nach der Art ihrer Unterzeichnung und nach ihrer ganzen Beschaffenheit geeignet war, bei der Kriminalpolizeibehörde in C. den Eindruck zu erwecken, als sei sie von einer bestimmten, als existierend hingestellten Person mit dem Willen, sich zu ihr zu bekennen, ausgestellt, und ob der Angeklagte beabsichtigt hat, diesen Eindruck zu erwecken.

Daß die Anzeige geeignet war, den Eindruck zu erwecken, daß sie von — irgend — einer akademisch gebildeten Person herrührte, und der Angeklagte diesen Eindruck erwecken wollte, würde nicht genügen, die Anwendung des § 267 StGB. zu rechtfertigen.

StGB. §§ 117, 240, 73. Rechtliche Konkurrenz des § 240 mit § 117 ist ausgeschlossen, wenn der Widerstand durch Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt geleistet ist.

I. StrS. U. v. 6. April 1908 g. L. I D 119/08.

Aus den Gründen: . . . Ob die Rüge, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht genügend festgestellt sei, hinsichtlich des Vergehens der Nötigung begründet ist, bedarf keiner Untersuchung, da in einem Falle, wie es der vorliegende ist, die Annahme eines rechtlichen Zusammentreffens der Vergehen des § 117 und des § 240 StGB. auf Rechtsirrtum beruht. Wenn der Widerstand gegen einen Forstbeamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amts durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt geleistet worden ist, so fällt die Handlung lediglich unter die Sonderbestimmung des § 117 StGB., wenn auch die Bedrohung ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstande hatte und der Beamte zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt worden ist. Dasselbe ist vom Reichsgericht bereits in dem in Entsch. **31** 3 abgedruckten Urteil für das Verhältnis des § 113 StGB. zu § 240 StGB. ausgesprochen worden. Das Urteil des III. Strafsenats vom 26. März 1906 gegen W. 3 D 1207/05 steht nicht entgegen, da es sich in dem ihm zugrunde liegenden Falle nicht um einen Widerstand durch Bedrohung mit Gewalt, sondern um einen tätlichen Angriff handelte und nur insofern ein rechtliches Zusammentreffen der Vergehen der §§ 117 und 240 für möglich erklärt worden ist.

Digitized by Google

Zur Aufhebung des Urteils kann dieser Rechtsirrtum aber nicht führen, da die Strafe aus § 117 Abs. 2 und 3 StGB., und zwar in der geringsten zulässigen Höhe bemessen worden ist, das Urteil daher nicht auf dem Verstoße beruht. Es war nur der entscheidende Teil des Urteils entsprechend zu berichtigen.

StGB. § 222. 1. Fahrlässiges Verhalten durch Unterlassung (Nichtzuziehung eines Arztes seitens einer homöopathisch behandelnden Masseuse), während sich die Pflicht zum Handeln zwar nicht durch Gesetz, wohl aber als durch die Umstände gebotene notwendige Folge einer durch Vertrag oder durch sonstigen Willensakt übernommenen Tätigkeit ergiebt. — 2. Ursächlicher Zusammenhang zwischen Verschulden und eingetretenem Erfolge.

IV. StrS. U. v. 7. April 1908 g. Z. 4 D 197/08.

Aus den Gründen: Das fahrlässige Verhalten der Angeklagten ist von der Strafkammer darin gefunden worden, daß sie nach Übernahme der Behandlung der erkrankten Töchter der Frau J. die Zuziehung eines Arztes unterlassen, bei der Erkrankung der Anna J. sogar von der Zuziehung eines Arztes ausdrücklich abgeraten habe, während bestimmte auf Diphtheritis hinweisende Merkmale vorhanden gewesen seien und Angeklagte vermöge ihrer Erfahrung und Sachkunde als Krankenpflegerin und Ausübende der homöopathischen Heilkunde imstande gewesen sei, das Bestehen der diphtheritischen Erkrankung und die damit verbundene Ansteckungsgefahr zu erkennen, tatsächlich auch Bedenken in dieser Beziehung gehabt habe.

Hierauf konnte ohne Rechtsirrtum die Annahme eines fahrlässigen Verschuldens der Angeklagten gestützt werden. Die Pflicht zu einem Handeln besteht nicht nur, wenn durch das Gesetz eine solche auferlegt ist, sondern auch dann, wenn es sich als durch die Umstände gebotene notwendige Folge einer durch Vertrag oder sonstige Willensakte übernommenen Tätigkeit ergibt. Im vorliegenden Fall ist festgestellt, daß die Angeklagte, von Frau J. herbeigerufen, um die Behandlung ihrer erkrankten Tochter Anna zu übernehmen, diese Behandlung übernommen und in Ausführung derselben verschiedene Anordnungen getroffen hat. In gleicher Weise hat sie später die Behandlung der zweiten Tochter Maria übernommen. Auf Grund dieses durch die Übernahme der Behandlung der Erkrankten geschaffenen Rechtszustandes war sie verpflichtet, alles zu tun, was zur Beseitigung der aus der Krankheit für die Erkrankten selbst und mit Rücksicht auf die Ansteckungsmöglichkeit auch für andere entstandene Gefahr erforderlich war und von ihr bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit als notwendig erkannt werden konnte. Die Strafkammer hat festgestellt, daß nach den Umständen des Falls durch Zuziehung eines Arztes bei der Erkrankung der Anna J. der Gefahr einer Ansteckung anderer hätte vorgebeugt werden können, die Zuziehung eines Arztes somit geboten gewesen sei und die Angeklagte dies auch bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit habe erkennen können. Es konnte deshalb unbedenklich darin, daß die Angeklagte in beiden Erkrankungsfällen die Zuziehung eines Arztes unterlassen, bei der zuerst erfolgten Erkrankung der Anna J. sogar davon abgeraten hat, ein von ihr zu vertretendes Verschulden gefunden werden.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen diesem Verschulden und dem Tode der Maria J. ist gleichfalls bedenkenfrei nachgewiesen. Es ist festgestellt, daß Anna J. an Diphtheritis erkrankt gewesen ist, daß diese Krankheit durch Ansteckung auf Maria J. übertragen, daß letztere an einer durch die Diphtheritiserkrankung herbeigeführten Herzlähmung verstorben ist und daß die Ansteckung und der Tod der Maria J. durch das Dazwischentreten eines Arztes verhindert, mindestens aber der Zeitpunkt ihres Todes ein späterer gewesen sein würde. Diese Feststellungen tragen die Annahme, daß durch das schuldhafte Verhalten der Angeklagten der Tod des Kindes zum mindesten zu dem Zeitpunkt, wo er wirklich eingetreten ist, mitverursacht worden sei, und daß zwischen dem schuldhaften Verhalten der Angeklagten und dem Tode der Maria J. ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Vergl. Rechtspr. **10** 26 und 493.

Digitized by Google

StPO. § 385 Abs. 2. Die auf Befragen des Gerichts abgegebene Erklärung des revidierenden Rechtsanwalts: daß die Revisionsschrift nach dem ihm gegebenen Material angefertigt und von ihm unterschrieben worden sei, kann nicht für ausreichend erachtet werden, um die Unterschrift des Rechtsanwalts unter der Revisionsschrift als Unterzeichnung i. S. des Gesetzes ansehen zu können.

I. StrS. Beschl. v. 19. April 1908 g. H. 1 D 226/08.

Gründe: Die vom Verteidiger unterzeichnete Revisionsrechtfertigungsschrift erscheint in ihrer Anordnung so verworren und in ihren rechtlichen Ausführungen so unklar, daß sie unmöglich von einem Rechtsanwalt verfaßt sein kann. Sie weist unverkennbar dieselben Schriftzüge auf, wie die Eingabe der Angeklagten vom 23. September 1907, Bl. 34 ff. der Akten, und dem Verteidiger wurde erst am 23. Februar 1908 Vollmacht erteilt. Mit Rücksicht hierauf ist der Verteidiger zu einer Erklärung veranlaßt worden, wie die Revisionsrechtfertigungsschrift entstanden sei. Er hat sie „mit dem Bemerken zurückgereicht, daß die Revisionsschrift nach dem mir übermittelten Material angefertigt und von mir unterschrieben worden ist". Wie er damit stillschweigend einräumt, rührt lediglich die Unterschrift von seiner Hand her; dagegen vermag er weder sich selbst noch einen Vertreter oder Gehilfen als Verfasser anzugeben oder auch nur eine Miturheberschaft anzusprechen. Mit der bloßen Unterzeichnung eines fremden Machwerks aber wird, wie das Reichsgericht stets festgehalten hat, der Vorschrift in § 385 Abs. 2 der Strafprozeßordnung ihrem Zweck und ihrer richtig verstandenen Bedeutung noch nicht genügt. Beschl. FS. vom 28. 7. 02 g. B. 3304/02; Beschl. FS. vom 21. 7. 06 g. Th. I. 769/06; Beschl. I. StrS. vom 7. 1. 07 g. E. I. 592/06; Beschl. V. StrS. vom 30. 4. 07 g. H. V. 342/07.

Hieraus und aus § 389 Abs. 1, § 505 Abs. 1, Satz 1 der Strafprozeßordnung ergab sich die getroffene Entscheidung (Verwerfung der Revision als unzulässig).

StGB. § 123 Abs. 1. Schlafwagenabteil des Expreßzuges Peking-Hankau als Wohnung.

I. StrS. U. v. 27. April 1908 g. B. 1 D 801/07.

In den Gründen des in der Berufungsinstanz auf Berufung gegen ein Urteil des Kaiserl. Konsulargerichts zu H. ergangenen Urteils wird festgestellt, daß der Angeklagte im Juni 1908 in dem damals jeden Mittwoch von Peking abgehenden und Freitags, also nach zweimaliger Nachtfahrt, in Hankau eintreffenden Expreßzuge als Fahrgast mitgefahren und hierbei in einzelne der von innen und außen verschließbaren Abteile unbefugt und in Verfolgung eines rechtswidrigen Zwecks eingedrungen sei. Sodann heißt es:

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein gewöhnlicher rollender Eisenbahnwagen als Wohnung im Sinne von § 123 Abs. 1 StGB. erachtet werden kann, ist gegebenenfalls nicht zu entscheiden. Hier stehen die den inländischen Wagen an Geräumigkeit und Ausstattung überlegenen Schlafwagen des Expreßzuges Peking—Hankau in Frage; diese waren im Sommer 1907 bestimmt, den Fahrgästen nicht nur tagsüber als Aufenthalt, sondern auch zwei Nächte hindurch als Schlafgelegenheit zu dienen, und die Fahrgäste waren im Hinblick auf die Dauer der Fahrt darauf angewiesen, sich in den ihnen zur bleibenden Benutzung überlassenen verschließbaren Abteilen gewissermaßen häuslich einzurichten. Es handelt sich für sie nicht um die kurze Benutzung eines Fahrzeugs, wie für die Insassen eines Postwagens, sondern um ein längeres, mehr seßhaftes, dem Gebrauch eines Wohnwagens durch fahrende Leute, Entsch. 13 312 (315), ähnliches Verweilen in Räumen, die sich von den Wohn- und Schlafzimmern eines Gasthofes nur durch die Beweglichkeit und eine weitere Zweckbestimmung — die Beförderung von Ort zu Ort — unterscheiden. Daher sind für die von den Zeugen Br. und Bo. benutzten Schlafwagen-Abteile die Begriffsmerkmale einer Wohnung nach § 123 Abs. 1 StGB. als gegeben anzusehen. Durch die vom Schaffner vorgenommene Anweisung zur ausschließlichen Benutzung war, wie bei einem reinen Mietverhältnis, für die Dauer des Gebrauchs das Verfügungs- und damit das Hausrecht je auf die Zeugen übergegangen. Das unberufene Eintreten des Angeklagten trägt mithin das Gepräge widerrechtlichen Eindringens an sich, da er in Verfolgung eines rechtswidrigen Zweckes und bewußtermaßen gegen den Willen sowohl des zuständigen Vertreters der Betriebsinspektion als auch der allein aufenthaltsberechtigten Reisenden gehandelt hat. Deshalb und weil aus dem Verfügungsrecht der letzteren ihre Befugnis zur Einbringung von Straf-

Digitized by Google

anträgen wegen Verletzung des Hausrechts ohne weiteres folgt, ist der Angeklagte zweier Vergehen nach § 123 Abs. 1 (§ 74) StGB. schuldig zu sprechen.

---

a) Süßstoffgesetz v. 7. Juli 1902. Verhältnis der §§ 7 Abs. 1; 9 Abs. 1 des Ges. zu den Vorschriften des Vereins-Zoll-Gesetzes insbes. den §§ 132, 155 das. — b) Analoge Anwendung des § 394 Abs. 1 StPO. auf den Fall des Wertersatzes in § 155 VZG.

V. StrS. U. v. 28. April 1908 g. R. 5 D 211/08.

Gründe: Die Staatsanwaltschaft hat das Urteil der Strafkammer nur insoweit zu Ungunsten des Angeklagten angefochten, als auf Einziehung des Saccharins, mit Bezug auf welches die Zuwiderhandlung begangen ist, und nicht auf Wertersatz erkannt ist. Diese Beschränkung der Anfechtung war nach den namentlich in Entsch. **33** 17 (22); **37** 284; **40** 274 entwickelten Grundsätzen zulässig und beachtlich. Dem Rechtsmittel war auch stattzugeben.

Die allgemeinen Ausführungen der Strafkammer über das Verhältnis der Vorschriften des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902 — RGBl. S. 253 —, soweit es sich um eine Zuwiderhandlung gegen § 2b. daselbst handelt, zu denen des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 — BGBl. S. 317 — entsprechen im wesentlichen dem Inhalte der Entscheidungen des RGs. in Strafs. Bd. 38 S. 186 flg. und geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Unzutreffend ist dagegen die hieraus gezogene Folgerung, daß nur eine Bestrafung des Angeklagten aus § 7 Abs. 1 des Süßstoffgesetzes in Frage komme und die weitere Annahme, daß hinsichtlich der Einziehung lediglich § 9 Abs. 1 des Süßstoffgesetzes, als eines späteren erlassenen Sondergesetzes, anzuwenden, die Anwendbarkeit des § 155 VZG. aber ausgeschlossen sei.

Wie das Reichsgericht namentlich in seiner Entscheidung Bd. 38 S. 394 fg. eingehend dargelegt hat, ist das Verhältnis beider Gesetze zueinander auf Grund des Vorbehalts in § 7 Abs. 1 des Süßstoffgesetzes „soweit nicht die Bestimmungen des Vereinszollgesetzes Platz greifen", dahin zu kennzeichnen, daß das Süßstoffgesetz insoweit nichts weiter sein will als ein im Sinne des § 134 VZG. „besonderes Gesetz", das eine höhere Strafe, als die dort vorgesehene „Geldbuße" festsetzt, und daß daher im Falle vollendeter Konterbande nach § 2b neben seinen in § 7 Abs. 1 gegebenen Strafvorschriften auch alle Strafvorschriften des Vereinszollgesetzes zur Anwendung zu bringen sind, soweit sie nicht, wie die über die Geldbuße des § 134 VZG., oder die ihre Schärfung betreffenden Bestimmungen in § 144 daselbst nur hilfsweise (subsidiäre) Geltung in Anspruch nehmen. Zu Vorschriften der letzteren Art gehören die über die Konfiskation und den Wertersatz im Sinne des § 155 VZG. nicht. Die Konfiskation ist vielmehr nach § 134 daselbst die Hauptstrafe, die jedenfalls verwirkt ist. Die Vorschrift über sie erfährt in § 155 daselbst aber eine Ergänzung und Erweiterung dahin, daß, sofern die Konfiskation nicht vollzogen werden kann, auf Erlangung des Wertes der an sich von der Konfiskation betroffenen Gegenstände erkannt werden muß. Dieser Fall liegt hier vor, da nach dem Urteilsinhalte das gesamte eingeführte Saccharin verkauft und verbraucht worden ist, mithin nicht mehr eingezogen werden kann (Entsch. **30** 413). Für Verhängung der in § 9 des Süßstoffgesetzes als bloßen Nebenstrafe vorgesehenen Einziehung bleibt daher kein Raum. Es hätte deshalb im vorliegenden Falle nicht auf Einziehung (Konfiskation) erkannt werden sollen, sondern auf den Wertersatz. Da die Strafkammer den Wert des verbotswidrig eingeführten Saccharins als Tatrichter auf 25 Mk. für das Kilogramm festgestezt hat, andererseits der Ausspruch über den Wertersatz an sich nicht im Ermessen des erkennenden Gerichts steht, vielmehr gesetzlich notwendig ist, bedurfte es hinsichtlich dieses Punktes keiner weiteren tatsächlichen Erörterung. Es war daher bei entsprechender Anwendung des § 394 StPO. von einer Zurückverweisung der Sache abzusehen und insoweit in der Sache selbst, wie geschehen, zu erkennen.

Hiernach rechtfertigt sich die getroffene Entscheidung.

Ges. v. 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit § 1. Der Tatbestand des § 1 liegt auch dann vor, wenn eine Zweigleitung angelegt wird, die ausschließlich ein unrichtiges Funktionieren des Zählers bewirken soll und bewirkt.

II. StrS. U. v. 28. April 1908 g. St. 2 D 268/08.

Digitized by Google

Gründe: Der Angeklagte, der zufolge eines Vertrages mit den Berliner Elektrizitätswerken von ihnen für seinen Schleifereibetrieb den elektrischen Strom bezieht, hat, wie das Urteil als erwiesen annimmt, der bestehenden Anlage dadurch unbefugt elektrische Arbeit entzogen, daß er im Lichtzähler zwischen Klemme 4 und 5 ein Metallstück hat einschieben lassen. Auf die Weise ist eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Zuleitungs- und dem Entnahmekabel hergestellt und ist bewirkt worden, daß der elektrische Strom, anstatt durch den einen gewissen Widerstand bietenden Zähler hindurchzugehen, den leichteren Weg durch das Metallstück genommen hat, so daß der Zähler seitdem nicht mehr die volle im Betriebe des Angeklagten verbrauchte Kraftmenge hat anzeigen können, sondern nur einen Teil davon.

Das Landgericht, das den Angeklagten auf Grund dessen wegen Betrugs verurteilt, erklärt das Reichsgesetz vom 9. April 1900 betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit für unanwendbar; denn wenn auch eine Entziehung fremder elektrischer Arbeit stattgefunden habe, so sei doch die Entnahme selbst durch die von den Elektrizitätswerken hierzu bestimmten Leiter, also auf ordnungsmäßigem Wege geschehen.

Diese Annahme ist rechtsirrtümlich.

Die Bestimmung eines Leiters zur ordnungsmäßigen Entnahme von elektrischer Energie hatte ausschließlich von demjenigen auszugehen, der über die Abgabe des Stromes verfügte. Nun waren die Berliner Elektrizitätswerke allerdings vertragsmäßig verpflichtet, dem Angeklagten den zu seinem Betriebe erforderlichen Strom zu liefern, und die Zuleitung des Stromes von ihrem Kabel zu der Betriebsstätte des Angeklagten war an sich mit ihrem Einverständnis erfolgt. Allein, dabei war vorausgesetzt, daß der elektrische Strom auf seinem Wege dorthin erst durch den Zählapparat hindurchging, weil sich die entnommene Kraftmenge sonst nicht feststellen ließ, und nur insoweit, als dies der Fall war, entsprach die Zuleitung dem Willen der Elektrizitätswerke.

In diese Ordnung der Dinge hat der Angeklagte eigenmächtig eingegriffen. Er hat durch das in den Apparat eingefügte Metallstück den elektrischen Strom von dem ihm gewiesenen Wege abgelenkt und ihn unter Umgehung des Zählers seiner gewerblichen Anlage direkt zugeführt. Das widersprach dem Vertrage. Der Angeklagte empfing die elektrische Energie nunmehr mittels eines Leiters, der nicht zur ordnungsmäßigen Entnahme bestimmt war; denn im Sinne des angeführten Reichsgesetzes erscheint jede Vorrichtung als „Leiter", die vermöge ihrer physikalischen Eigenschaften den elektrischen Strom fortleitet, so daß auch das hier in Frage stehende Metallstück, das dazu diente, den Strom vor seinem Eintreten in den Zähler aus seiner Bahn abzuleiten, als ein Leiter angesprochen werden muß.

Alsdann aber liegt kein Grund vor, dem § 1 des Reichsgesetzes vom 9. April 1900, dessen Voraussetzungen im Urteile auch im übrigen festgestellt sind, die Anwendung zu versagen. Richtig ist, daß die Vorkehrungen des Angeklagten gleichzeitig auch eine Täuschung der Elektrizitätswerke zur Folge gehabt haben, deren Unternehmer von der Ableitung des elektrischen Stromes durch den eingeschalteten Fremdkörper nichts wußte und dementsprechend annahm, der Angeklagte habe für seine Anlage nicht mehr Kraft verbraucht als vom Zähler angezeigt war. Da die Entziehung der Kraft zu dieser Zeit aber bereits vollendet war und die täuschenden Maßnahmen des Angeklagten nur darauf abzielten, ihm den rechtswidrigen Erfolg zu sichern, würde immerhin nur eine Verurteilung aus § 1 des Reichsgesetzes vom 9. April 1900 Platz greifen können, nicht jedoch außerdem noch eine solche wegen Betruges (§ 263 StGB.). Entsch. 14 121—123.

Dies mußte auf die mit der Revision des Angeklagten erhobene Rüge materieller Gesetzesverletzung zur Aufhebung des Urteils führen.

Der in den Entscheidungen des Reichsgerichts Band 35 Seite 311 abgeurteilte Fall, auf den sich die Vorinstanz bezieht, lag insofern anders, als dort zwar ebenfalls eine unbefugte Einwirkung auf den Zähler stattgefunden hatte, jedoch nicht in der Weise wie hier durch Anbringung eines Leiters, der den elektrischen Strom an dem Zähler vorbeiführte.

1. StPO. § 307 Abs. 2. Die Verneinung der Nebenfrage nach dem Vorliegen einer Handlung enthält regelmäßig eine dem Angeklagten nachteilige Entscheidung. — 2. StPO. § 398 Abs. 2. Über reformatio in pejus in Bezug auf die Einzelstrafen, obwohl nicht in Bezug auf die Gesamtstrafe.

V. StrS. U. v. 12. Mai 1908 g. H. 5 D 284/08.

Gründe: Den Geschworenen waren, abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Fragen, folgende vorgelegt: unter Nr. 1, ob der Angeklagte (im Sinne von §§ 267, 268 Nr. 2 StGB.) das Sparkassenbuch der Stadt C. Nr. 5111, eine öffentliche Urkunde, verfälscht und von demselben am 29. September 1903 zum Zwecke einer Täuschung dem Schlossermeister K. gegenüber Gebrauch gemacht habe und unter Nr. 5, ob er (im Sinne von § 270, 268 Nr. 2 StGB.) von demselben Sparkassenbuche wissend, daß es verfälscht war, im März 1904 dem Bauunternehmer Bl. gegenüber Gebrauch gemacht habe. Für den Fall der Bejahung dieser beiden Fragen hatten die Geschworenen unter Nr. 7 die weitere Frage zu beantworten, ob die zu 1 und 5 bezeichneten Taten durch eine fortgesetzte Handlung begangen seien. Sie haben die Fragen zu 1 und 5 mit mehr als 7 Stimmen bejaht und die Frage zu 7 mit „Nein“ ohne Angabe eines Stimmenverhältnisses beantwortet.

Die Revision findet hierin mit Recht einen Verstoß gegen § 307 StPO. Danach (Abs. 2) ist bei jeder dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung anzugeben, daß dieselbe mit mehr als 7 Stimmen gefaßt worden ist. Infolgedessen war hier bei Verneinung der Frage 7 die Angabe des Stimmenverhältnisses erforderlich, wenn diese Art der Beantwortung eine dem Angeklagten nachteilige Entscheidung darstellte. Daß das aber unter den obwaltenden Umständen der Fall ist, unterliegt keinem Bedenken. Allerdings läßt sich die Frage, ob die Zusammenziehung mehrerer an sich selbständiger, den vollen Tatbestand einer strafbaren Handlung enthaltender Tätigkeitsakte zu der juristischen Einheit eines fortgesetzten Deliktes dem Angeklagten nachteilig oder günstig ist, nicht allgemein beantworten, ihre Beantwortung hängt vielmehr von der besonderen Gestaltung des Falles ab. So kann, wenn die Rechtzeitigkeit des Strafantrags oder die Verjährung in Frage steht, oder wenn zu prüfen ist, ob der Gegenstand der Straftat, z. B. beim Diebstahl, von unbedeutendem Werte ist, die Zusammenfassung der einzelnen Tätigkeitsakte zu einem fortgesetzten Delikte dem Angeklagten zum Nachteil gereichen. Regelmäßig wird dies aber nicht der Fall sein, vielmehr wird sich der Angeklagte meistens bei der Annahme eines fortgesetzten Deliktes besser stehen. Denn dann wird er eben nur wegen einer Straftat bestraft, und die Strafe wird der Natur der Sache nach geringer ausfallen, als wenn wegen mehrerer selbständiger Handlungen unter Anwendung des § 74 StGB. die für die schwerste Straftat angemessene Strafe behufs Bildung der Gesamtstrafe noch erhöht werden muß, ganz abgesehen davon, daß bei einer Mehrheit von Straftaten im Sinne der Realkonkurrenz die Strafgrenze noch oben bei allen Strafarten erheblich erweitert ist. Die Verneinung der Frage nach dem Vorliegen eines fortgesetzten Deliktes wird deshalb regelmäßig, also abgesehen von Ausnahmefällen der oben erwähnten Art, dem Angeklagten nachteilig sein. Wie aus den Urteilsgründen hervorgeht, kommen derartige Ausnahmefälle hier nicht in Betracht. Daß man bei Stellung der erwähnten Frage davon ausging, ihre Bejahung gereiche dem Angeklagten zum Vorteil, dürfte auch daraus zu entnehmen sein, daß sie vom Vorsitzenden zunächst nicht in Aussicht genommen war, sondern erst auf Antrag des Verteidigers den Geschworenen vorgelegt wurde. Das Stimmenverhältnis mußte deshalb bei ihrer Verneinung angegeben werden. Dieser Prozeßverstoß muß aber zur Aufhebung des Urteils nebst dem ihm zugrunde liegenden Spruch der Geschworenen führen. Denn das Fehlen des Stimmenverhältnisses enthält, wie das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen nachgewiesen hat, einen sachlichen Mangel des Spruches (Entsch. 21 70), so daß das Berichtigungsverfahren gemäß § 309 ff. StPO. einzuleiten war. Ein sachlich unzulänglicher Spruch darf aber einem Urteil nicht zugrunde gelegt werden, zumal die Geschworenen, wenn das Berichtigungsverfahren gesetzlicher Vorschrift entsprechend eingeleitet worden wäre, gemäß § 311 StPO. über sämtliche Fragen erneut in Beratung zu treten hatten und an keinen Teil ihres früheren Spruches gebunden waren (Entsch. 23 402). Es muß deshalb anerkannt werden, daß das angegriffene Urteil auf dem erörterten Prozeßverstoße beruht.

Auch die Strafzumessung wird von der Revision mit Recht angefochten. Durch das erste Schwurgerichtsurteil vom 15. Mai 1906 war der Angeklagte wegen zweier Urkundenfälschungen im Sinne der §§ 267, 268 Nr. 2 StGB. je in

Digitized by Google

Tateinheit mit Betrug zu einer Gesamtstrafe von 8 Monaten Gefängnis verurteilt worden, wobei für jeden Fall eine Einzelstrafe von 5 Monate Gefängnis ausgeworfen wurde. Dieses Urteil ist auf die Revision des Angeklagten aufgehoben worden. Nun haben die Geschworenen bei ihrem dem jetzt angegriffenen Urteile zugrunde liegenden Spruche das Vorhandensein mildernder Umstände verneint im Gegensatz zu der früher urteilenden Geschworenenbank, was ihnen an sich völlig freistand. Allein rechtsirrig ist es, daß das Gericht daraufhin glaubte, für jeden einzelnen Fall eine Zuchthausstrafe von 1 Jahr als der Sachlage angemessen festsetzen und beide Strafen auf eine Gesamtstrafe von 1 Jahr 1 Monat Zuchthaus zurückführen zu müssen. Es erklärt ausdrücklich, daß es nur im Hinblick auf § 398 Abs. 2 StPO. von Verhängung dieser Strafe absehe und eine Strafe von 8 Monaten Gefängnis festsetze. Dabei ist übersehen, daß die nach § 74 StGB. festzusetzenden Einzelstrafen nicht unselbständige Faktoren für die Berechnung der Gesamtstrafe bilden, sondern ihre Verhängung einen selbständigen richterlichen Ausspruch darstellt, welcher der Rechtskraft fähig ist, während der Festsetzung der Gesamtstrafe nur die Bedeutung einer zweiten richterlichen Entscheidung über die Modalität der Vollstreckung der Einzelstrafen zukommt. Daher genügt es zur Wahrung des § 398 Abs. 2 StPO. nicht, wenn nur die Gesamtstrafe nicht höher ausgefallen ist; vielmehr enthält schon die höhere Normierung der Einzelstrafen unter Beibehalt der früheren Gesamtstrafe eine reformatio in neius (Entsch. **26** 167). Nach dieser Rechtsansicht, an der das Reichsgericht seit dem Beschlusse der Vereinigten Strafsenate vom 18. April 1894 (Entsch. **25** 297) in gleichmäßiger Rechtsprechung festgehalten hat, war das Gericht verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob die Geschworenen das Vorhandensein mildernder Umstände bejaht oder verneint hatten, für jede einzelne Straftat keine höhere Strafe als 5 Monat Gefängnis festzusetzen. Es hatte dann die nach § 74 StGB. zu bildende Gesamtstrafe selbständig nach seinem freien, von den Umständen des Falles abhängig zu machenden Ermessen zu finden mit der Maßgabe, daß sie nicht mehr als 8 Monate betragen durfte. Im vorliegenden Fall hat aber das Gericht dieses Ermessen nicht walten lassen, sondern es hat die Gesamtstrafe von 8 Monaten Gefängnis nur deswegen ausgesprochen, weil mit Rücksicht auf den Spruch der Geschworenen eine Zuchthausstrafe von 1 Jahr 1 Monat die niedrigste gesetzlich zulässige Strafe sei. Dies ist rechtsirrig.

Die Aufhebung des Urteils nebst dem ihm zugrunde liegenden Spruch der Geschworenen war deshalb geboten, und es mußte die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

StPO. §§ 257 Abs. 2, 377 Nr. 8. Wird nach der Beratung, aber vor Verkündung des Urteils ein nicht näher begründeter Antrag des Angeklagten „nochmals in die Verhandlung einzutreten“ ohne Begründung abgelehnt, so wird dadurch die Verteidigung des Angeklagten in unzulässiger Weise beschränkt.

II. Str.S. U. v. 12. Mai 1908 g. Z. 2 D 372/08.

Aus den Gründen: Der prozeßrechtlichen Rüge ist der Erfolg nicht zu versagen.

Nach § 257 Abs. 2 StPO. gebührt dem Angeklagten das letzte Wort. Dies gebührt ihm auch nach der Beratung des Urteils, wenn er noch vor der Urteilsverkündung dem Gerichte seinen Willen kundgibt, eine Erklärung abzugeben. Insbesondere steht es ihm frei, noch nach der Beratung des Urteils Beweisanträge zu stellen, Fragen an die Zeugen zu richten usw. Denn die Hauptverhandlung schließt erst mit der Erlassung des Urteils (§ 259 StPO.).

In dem hier vorliegenden Falle hat nun der Verteidiger, wie das Sitzungsprotokoll ausweist, nach Rückkehr des Gerichtes von der Beratung den Antrag gestellt, „nochmals in die Verhandlung einzutreten“. Welchem Zwecke der nochmalige Eintritt in die Verhandlung dienen sollte, hat der Verteidiger dem Protokolle zufolge nicht angegeben. Aber es ist aus der Sachlage nicht ersichtlich, daß ein Grund, insbesondere aus dem Gesichtspunkte des Leitungsrechtes des Vorsitzenden, bestand, den Antrag abzulehnen und dem Verteidiger das Wort zur näheren Darlegung des Gewollten nicht zu erteilen; es liegt nichts für die Annahme vor, daß der Angeklagte die Wiedereröffnung der Verhandlung behufs mißbräuchlicher Ausnutzung seiner prozeßrechtlichen Befugnisse begehrt hätte. Einen Grund hat auch der ablehnende Gerichtsbeschluß nicht angegeben

Da nicht ausgeschlossen erscheint, daß der Angeklagte den Wiedereintritt in die Verhandlung zum Zwecke der Stellung eines Beweisantrags bezüglich eines für die Entscheidung wesentlichen Punktes beantragt hat, ist seine Verteidigung durch den ablehnenden Beschluß in unzulässiger Weise beschränkt worden (§ 377 Nr. 8 StPO.).

Das Urteil unterlag hiernach der Aufhebung.

Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 § 19. § 19 enthält Ausnahmen von dem Nachdrucksverbot solcher Schriftwerke, Vorträge oder Reden, welche urheberrechtlichen Schutz genießen. Unter die in Nr. 2 das. erwähnten „Aufsätze“ fallen auch Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts, und zwar ist die Wiedergabe der vollständigen Aufsätze, wenn sie von geringem Umfange sind, zulässig.

II. StrS. U. v. 15. Mai 1908 g. v. G. 2 D 354/08.

Gründe: In der Morgenausgabe des B.er Tageblatts vom 12. Oktober 1904 erschien mit einem redaktionellen Zusatz als Einleitung und Schluß ein von dem Schriftsteller Fr. eingesandter und verfaßter Artikel, welcher sich mit dem Strafverfahren gegen den Handlungsgehilfen F. wegen Zuwiderhandlung gegen das Preußische Vereinsgesetz beschäftigte. In der Abendausgabe der B.er Zeitung von demselben Tage veröffentlichte der Chef-Redakteur, der Angeklagte, unter der Überschrift „Das preußische Vereinsunrecht“ eine von ihm herrührende Abhandlung, worin er mit den einleitenden Worten „Über ein neues, höchst charakteristisches Kammergerichtsurteil macht ein Mitarbeiter dem B. T. nachstehende Mitteilung:“ den Artikel des Fr. wörtlich wiedergab.

Der Angeklagte wurde deshalb wegen Urheberrechtsverletzung vom Landgericht I zu B. am 2. Januar 1907 verurteilt. Das Reichsgericht hob das Urteil am 4. Juni 1907 mit der Begründung auf: Berichte über Gerichtsverhandlungen könnten, je nachdem sie abgefaßt seien, unter die vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts fallen, welche nach Abs. 3 § 18 des Gesetzes über das Urheberrecht usw. vom 19. Juni 1901 aus Zeitungen oder Zeitschriften stets abgedruckt werden dürften, oder auch den Charakter von Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts haben, deren Abdruck nach Abs. 2 § 18 unzulässig sei. Das Landgericht habe der Berufung des Angeklagten auf § 19 Nr. 2 des bezeichneten Gesetzes keine Folge gegeben, weil dem Artikel des Angeklagten die Eigenschaft einer wissenschaftlichen Arbeit nicht beizumessen sei. Diesem Ausspruche fehle jegliche Begründung. In Ermangelung einer Begründung lasse sich nicht entscheiden, ob die Nichtanwendung des § 19 Nr. 2 auf Rechtsirrtum beruhe oder nicht. Hiernach unterliege das Urteil der Aufhebung. Es bedürfe daher keiner Erörterung, ob Abs. 2 § 18 mit Recht auf den Bericht des Schriftstellers Fr. angewendet sei.

Das Landgericht II zu B. hat nunmehr am 26. Februar 1908 den Angeklagten wiederum wegen Urheberrechtsverletzung verurteilt. In den Urteilsgründen ist gesagt: „Muß die Wiedergabe der gerichtlichen Entscheidung in der von Fr. veröffentlichten Form als eine Ausarbeitung wissenschaftlichen Inhalts im Sinne des § 18 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 19. Juni 1901 angesehen werden, so kann dahingestellt bleiben, ob der Artikel des Angeklagten sich als selbständige wissenschaftliche Arbeit im Sinne des § 19 Ziffer 2 des zitierten Gesetzes darstellt, da er auch in diesem Falle zur Veröffentlichung des Fr.schen Artikels nicht berechtigt war.“

Diese Begründung, welche nicht verneint, daß der Fr.sche Artikel von geringem Umfang ist, scheint aussprechen zu wollen, entweder daß er, weil er eine Ausarbeitung wissenschaftlichen Inhalts sei, nicht unter den Begriff „einzelne Aufsätze“ falle, oder daß er nicht in vollem Umfange in eine selbständige wissenschaftliche Arbeit habe aufgenommen werden dürfen. Beide Auffassungen würden unrichtig sein.

Es ist selbstverständlich, daß Schriften, Vorträge oder Reden vervielfältigt werden dürfen, an welchen kein Urheberrecht nach § 1 Nr. 1 besteht. Dies auszusprechen hatte das Gesetz keinen Anlaß. Der § 19 enthält also Ausnahmen von dem Nachdrucksverbote solcher Schriftwerke, Vorträge oder Reden, welche urheberrechtlichen Schutz genießen. Die in § 19 Nr. 2 (und 4) erwähnten „Aufsätze“ müssen Schriftwerke im Sinne des Gesetzes sein. Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts sind derartige Schriftwerke. Es fehlt an einem Grunde, weshalb Ausarbeitungen als solche oder wegen ihres Inhalts nicht sollten Auf-

Digitized by Google

sätze sein können. Nach § 7a des Gesetzes vom 11. Juni 1870 war „die Aufnahme bereits veröffentlichter Schriften von geringerem Umfang" unter gewissen Voraussetzungen nicht als Nachdruck anzusehen. Soweit ersichtlich, hat in dieser Beziehung die Nachdrucksfreiheit sachlich nicht eingeschränkt werden sollen. Die sprachliche Änderung wird auf dem Streben nach größerer Anschaulichkeit beruhen.

Wenn die Vervielfältigung einzelner Aufsätze von geringem Umfange zulässig ist, so umfaßt die Zulässigkeit die vollständigen Aufsätze. Das ergibt Wortlaut und Zweck des Gesetzes. Die Nr. 1, nicht die Nr. 2 (oder 4) handelt von dem Abdruck einzelner Stellen oder kleinerer Teile eines Schriftwerks.

Die Begründung der Unanwendbarkeit des § 19 Nr. 2 verletzt somit das Gesetz. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben.

StGB. § 59. HGB. § 314 Abs. 1 Nr. 3—5. Irrtum über den Begriff des Interimsscheins als Irrtum über das Strafrecht.

I. StrS. U. v. 21. Mai 1908 g. B. u. Gen. 1 D 210/08.

Aus den Gründen: Im Anschluß an den Antrag des Oberreichsanwalts mußte dem sachlichen Revisionsangriff der Staatsanwaltschaft ein durchgreifender Erfolg zugebilligt werden.

In den Urteilsgründen sind ohne erkennbaren Rechtsirrtum gegenüber den drei Angeklagten sämtliche äußere Tatbestandsmerkmale eines — nach dem Eröffnungsbeschlusse gemeinschaftlich verübten — Vergehens unzulässiger Ausgabe von Interimsscheinen (HGB. § 313 Abs. 1 Nr. 3) festgestellt, und es ist die Freisprechung nur verfügt, weil der innere Tatbestand, nämlich das Erfordernis der Wissentlichkeit, nicht mit voller Sicherheit nachgewiesen sei. Hierbei scheint aber das genannte Erfordernis nicht richtig erfaßt, vielmehr zu enge verstanden worden zu sein.

Wie ausdrücklich hervorgehoben ist, haben die Angeklagten G. und B. „vor Unterzeichnung die Scheine vom 15. April 1903 gelesen", aber „zu der in Frage kommenden Zeit für nichts weiter als eine Quittung über die Einzahlung angesehen". Lediglich aus dem Inhalt der Scheine zieht die Strafkammer den einwandfreien Schluß, daß es Interimsscheine im Sinne von § 313 Abs. 1 Nr. 3 HGB. gewesen seien. Folgerichtig waren den Angeklagten G. und B. mit dem Inhalt der Scheine zugleich gerade diejenigen tatsächlichen Umstände bekannt, welche den Scheinen die rechtliche Eigenschaft von Interimsscheinen verliehen, und sie haben bei Unterzeichnung und Ausgebung dieser Interimsscheine an sich „wissentlich" gehandelt. — Ein klares Verständnis für die rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen von Interimsscheinen oder das Bewußtsein, daß die ausgegebenen Urkunden zutreffend als Interimsscheine zu bezeichnen oder bezeichnet seien, ist für die Wissentlichkeit im Sinne des Gesetzes nicht erforderlich. Verfehlt zeigt sich auch die Ablehnung der Wissentlichkeit aus dem Grunde, weil die Angeklagten G. und B. „zu der in Betracht kommenden Zeit vom Aktienrecht und insbesondere vom Wesen der Interimsscheine soviel wie keine Kenntnis hatten". Der Begriff des Interimsscheins gehört nicht bloß dem Handels-, enger dem Aktienrecht, sondern zugleich im Umfang des § 314 Abs. 1 Nr. 3—5 HGB. dem Strafrecht an, und Unkenntnis oder irrige Auslegung des Strafrechts kommt grundsätzlich für die Schuldfrage nicht in Betracht. Ganz dasselbe gilt für die Annahme der Strafkammer, es sei den beiden Angeklagten „damals unbekannt geblieben, daß in den Scheinen das Mitgliedsrecht des Inhabers zum Ausdruck kam"; auch hier handelt es sich so lange um einen strafrechtlichen Irrtum, als nicht dargetan ist, daß die Angeklagten bestimmte einzelne Worte oder Ausdrücke der Scheine dem sprachlichen Sinne (nicht der rechtlichen Bedeutung) nach unrichtig erfaßt oder falsch verstanden haben. Wesentlich für den Begriff des Interimsscheines ist eine Beurkundung nicht sowohl der Mitgliedschaft als vielmehr eines Anteilrechts am Gesellschaftsvermögen und eines unbedingten Anspruchs auf Aushändigung von Aktien oder einer Aktie gegen Volleinzahlung. Entsch. in Zivilsachen **30** *16* (18); **49** *22* (24).

Beides trifft für die fraglichen Scheine ihrem unzweideutigen Wortlaut nach zu, sofern danach die Einlegung eines bestimmten Barbetrages zur Gründung der Gesellschaft und das hierdurch ohne weiteres begründete Recht auf Bezug einer gewissen Anzahl voll einbezahlter Aktien von je 1000 Mk. anerkannt ist.

Aus diesen Gründen war nach § 393 Abs. 2, § 394 StPO. zu verfahren.

Preuß. Ges. v. 8. Mai 1837 über das Mobiliar-Feuer-Versicherungswesen § 20 in Verb. mit StGB § 49. Die in § 20 des Ges. vorgeschriebene Verschärfung der Strafe trifft auch den Gehilfen, da sie den objektiven Verhältnissen entnommen ist.

IV. StrS. U. v. 22. Mai 1908 g. B. 4 D 321/08.

Aus den Gründen: Die Ansicht der Beschwerdeführerin, es ergebe sich aus den §§ 20, 22 des Gesetzes, daß nur der Täter selbst wegen Überversicherung bestraft werden, wegen Beihilfe aber keine Bestrafung erfolgen könne, ist rechtsirrig. Die im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuchs enthaltenen Grundsätze sind auch auf dem Anwendungsgebiete eines Landesgesetzes insoweit maßgebend, als dieses nicht abweichende besondere Bestimmungen enthält. In dem angeführten Gesetze sind aber Bestimmungen, welche die Strafbarkeit einer Beihilfe zum Vergehen gegen § 20 ausschließen, nicht getroffen, und solche sind auch dem Preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 nicht zu entnehmen. Es ist deshalb für die Frage der Strafbarkeit der Beihilfe zum Vergehen gegen § 20 des angeführten Gesetzes das jetzt geltende Strafgesetzbuch entscheidend.

Gleichfalls irrig ist die Ansicht, daß eventuell die in § 20 vorgeschriebene Verschärfung der Strafe für den Fall der Entdeckung der Überversicherung nach eingetretenem Brande beim Gehilfen nicht eintreten dürfe. Nach § 49 Abs. 2 StGB. ist die Strafe des Gehilfen unter Anwendung der über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätze nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat. Die Strafe ist demnach auch für denjenigen, welcher dem Täter bei der Überversicherung wissentlich durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat, nach § 20 des Gesetzes unter Anwendung aller seiner Bestimmungen, sofern nicht besondere Gründe für ihre Nichtanwendbarkeit bestehen, zu bemessen. Ein rechtliches Hindernis für die Anwendung der auf die Verdoppelung der Strafe bezüglichen Vorschrift in § 20 besteht aber nicht und ist namentlich auch nicht dem § 22 des angeführten Gesetzes zu entnehmen. Der in § 22 für die Ermäßigung der Strafe angeführte Grund ist ein ganz anders gearteter als derjenige, welcher nach § 20 für die Verschärfung der Strafe maßgebend ist. Denn während in § 22 die freiwillige Anzeige, also die tätige Reue, als Grund für die Ermäßigung der Strafe angegeben wird, bietet § 20 keinen Anhalt dafür, daß das persönliche Verhalten des Haupttäters nach der Vollendung der Tat als maßgebend für die Verdoppelung der Strafe angesehen worden ist. Der für die Strafverschärfung angegebene Grund, die Entdeckung der Überversicherung nach eingetretenem Brande, ist vielmehr den objektiven Verhältnissen entnommen, und es bildet daher die auf die Strafverschärfung bezügliche Vorschrift den Bestandteil einer Strafnorm, welche gemäß § 49 Abs. 2 StGB. für die Bemessung der Strafe des Gehilfen in Anwendung zu bringen ist.

StPO. § 266 Abs. 3. StGB. § 244 Abs. 1. Die Strafe ist innerhalb des Strafrahmens nach freiem Ermessen zu bestimmen; es ist unzulässig, von der rechnerischen Mitte des Strafrahmens als der ordentlichen Strafe auszugehen.

I. StrS. U. v. 23. Mai 1908 g. E. 1 D 380/08.

Aus den Gründen: Der Tatbestand eines Verbrechens aus §§ 242, 243 Nr. 2, 244 StGB. ist rechtlich einwandfrei festgestellt.

. . . . Dagegen geben die Ausführungen des Urteils über die Strafzumessung Anlaß zu Bedenken. Nach Anführung von Straferschwerungsgründen wird dort gesagt: „Diese Gründe waren bestimmend, über die ordentliche Strafe, die nach § 244 Abs. 1 StGB. $2 + 6\frac{1}{2} = 8\frac{1}{2}$ Jahre betragen würde, etwas hinauszugehen, so daß eine Zuchthausstrafe von 10 Jahren für angemessen erachtet wurde." Nach der Fassung dieser Stelle muß angenommen werden, daß die Strafkammer hier einen Rechtssatz aufstellen wollte, wonach auf das rechnerische Mittel des Strafrahmens von 2 bis 15 Jahren (§ 244 Abs. 1 StGB.) zu erkennen wäre, wenn nicht tatsächliche Strafzumessungsgründe eine Abweichung nach oben oder unten angezeigt erscheinen ließen. Ein solcher Rechtssatz besteht nicht. Der Richter hat nach dem Willen des Gesetzes die für den einzelnen Fall gebotene Strafe unter Berücksichtigung und Abwägung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände innerhalb des vorgeschriebenen Strafrahmens nach freiem Ermessen zu bestimmen; er kann sich hierfür einen Durchschnittsmaßstab bilden, aber es wäre rechtsirrtümlich und würde dem Geiste des Gesetzes widersprechen, wenn er rein rechnerisch das Mittel des angedrohten

Digitized by Google

Strafrahmens ziehen und dieses kraft des Gesetzes zunächst als maßgebend und sich hieran bei der Strafzumessung sei es nach oben oder nach unten irgendwie für gebunden erachten wollte. Da im vorliegenden Falle ein solcher Rechtsirrtum zu vermuten ist, erweist sich das Urteil im Strafausspruche als nicht haltbar, und unterlag es deshalb insoweit der Aufhebung.

StGB. §§ 259, 43. Zur Frage der Abgrenzung des „Verheimlichens“ vom bloßen Versuch.

V. StrS. U. v. 26. Mai 1908 g. W. u. Gen. 5 D 338/08.

Aus den Gründen: Nach der erstrichterlichen Feststellung hat die Beschwerdeführerin „versucht“, die 7 Straußenfedern vor dem die Durchsuchung vornehmenden Schutzmann „unter ihren Kleidern zu verbergen“. Diese Feststellung reicht nicht aus, um das Tatbestandsmerkmal des „Verheimlichens“ im Sinne des § 259 StGB. zu erfüllen. Unter „Verheimlichen“ ist jede Tätigkeit zu verstehen, die dahin abzielt, die Sache zu verbergen, ihre Entdeckung zu verhindern und somit ihr Auffinden durch den Berechtigten zu erschweren oder zu vereiteln (Goltd. Arch. **48** 116, **51** 400, **54** 477). Daß diese Tätigkeit den beabsichtigten Erfolg hat, ist allerdings nicht erforderlich, wohl aber muß sie wirklich vorgenommen, nicht bloß versucht sein, während in dem angegebenen Sinne der Versuch des Verhergens den Begriff des Verheimlichens ergeben kann. Im vorliegenden Falle kam es hiernach darauf an, was die Angeklagte gewollt und was sie getan hatte, als der Versuch des Verbergens mißglückte, wie weit sie in der Ausführung des von ihr beabsichtigten Versteckens der Federn gelangt war, als der Schutzmann eingriff und ihr die Federn abnahm. War dieses Verstecken, also die auf die Verhinderung des Auffindens der letzteren durch den Schutzmann abzielende Tätigkeit, bereits soweit gediehen, daß sie als dem Willen der Angeklagten im wesentlichen entsprechend vorgenommen anzusehen ist, so muß das Verheimlichen und somit die Hehlerei als vollendet angesehen werden, wenn auch der erstrebte Erfolg ausblieb. Lag aber nur ein Anfang der Ausführung jener Tätigkeit vor, so würde lediglich ein Versuch der Hehlerei erwiesen sein, der nicht mit Strafe bedroht ist. Die Verurteilung der Beschwerdeführerin war deshalb aufzuheben.

Bei der erneuten Verhandlung würde gegebenenfalls zu prüfen sein, ob etwa der Tatbestand der Begünstigung gegeben ist. (Vgl. Entsch. **21** 375.)

Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 §§ 1, 2, 8 Abs. 3, 18, 38; StGB. § 59. 1. Über mittelbare Täterschaft i. S. des § 38 Nr. 1 des Ges. — 2. Die Einwilligung des Verlags kann die nach dem Gesetze erforderliche Einwilligung des Verfassers zum Nachdruck nicht ersetzen. Ein Irrtum des Angeklagten über diesen Punkt liegt auf strafrechtlichem Gebiete.

III. StrS. U. v. 27. Mai 1908 g. K. 3 D 321/08.

Gründe: Der Revision des Angeklagten war der Erfolg zu versagen. Verfehlt ist der Einwand, nicht Angeklagter, sondern der Verlag der Br.'schen Landeszeitung komme als Täter in Frage, Angeklagter könne in seiner Eigenschaft als Redakteur nur Gehilfe sein. Nach den getroffenen Feststellungen hat Angeklagter als Redakteur des Beihlattes, in welchem der fragliche Artikel erschien, ohne Mitwissen des Verlegers und Chefredakteurs die Aufnahme des Artikels angeordnet. Unter diesen Umständen begegnet die Annahme, daß er (mittelharer) Täter im Sinne des § 38 Nr. 1 des Ges. vom 19. Juni 1901 war, keinen Bedenken. Er hat zwar die zum objektiven Tatbestand erforderliche Tätigkeit des Vervielfältigens oder gewerbsmäßigen Verbreitens nicht persönlich vorgenommen, er war aber der einzige, bei dem nach Lage der Sache der vom Gesetz geforderte strafbare Vorsatz vorhanden gewesen sein konnte, während die bei der Vervielfältigung oder Verbreitung weiter beteiligten Personen, Verleger, Drucker pp. ohne strafbaren Vorsatz handelten. Sie waren nur die Werkzeuge des Angeklagten, der allein den Anstoß zur Vervielfältigung und Verbreitung gegehen hat und deshalh als mittelbarer Täter zu erachten und für die Vervielfältigung und gewerbsmäßige Verbreitung verantwortlich zu machen ist.

Die behauptete Verletzung des § 59 StGB. liegt nicht vor.

Angeklagter hatte zu seiner Rechtfertigung behauptet, es gelte unter landwirtschaftlichen Zeitungen dann, wenn bei Artikeln gemeinnützigen Inhalts wie

dem vorliegenden der Abdruck nicht unter Vorbehalt der Rechte erfolgt sei, generell die Ermächtigung zum Abdrucke (Nachdruck) in anderen Zeitungen seitens der betreffenden Zeitschrift als erteilt, weshalb er die Einwilligung des Verfassers nicht für erforderlich gehalten habe; er hatte auch Beweis dahin angeboten, daß die landwirtschaftliche illustrierte Zeitung in Berlin, aus der der Nachdruck geschehen war, bei gemeinnützigen Artikeln generell die Ermächtigung erteilt habe, diese, wenn sie nicht unter Vorbehalt der Rechte erschienen seien, ohne weiteres nachzudrucken.

Die Strafkammer hat einen solchen Brauch als bestehend unterstellt, erachtet ihn aber nicht als geeignet, die Bestimmung des § 18 Abs. 2 des Ges. vom 19. Juni 1901 abzuändern und hält dafür, daß der Angeklagte, wenn er angenommen habe, es sei mit Rücksicht auf diesen Brauch die vom Gesetze vorgeschriebene Einwilligung des Verfassers nicht erforderlich, sich in einem unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum befunden habe, stellt auch gleichzeitig fest, daß der Angeklagte gewußt habe, der Verfasser habe die Einwilligung nicht erteilt. Diese Ausführungen tragen die Verurteilung auch nach der subjektiven Seite.

Subjekt des Urheberrechts ist der Urheber; Urheber ist der Verfasser (§§ 1, 2 des Urhebergesetzes). Er allein kann, solange nicht eine Übertragung des Urheberrechts stattgefunden hat (§ 8 Abs.3), die nach §§ 18, 38 erforderliche Einwilligung geben. Daß der Verfasser im vorliegenden Falle die Erlaubnis zum Nachdrucke gegeben oder Angeklagter sie als gegeben erachtet hat, wurde weder nach Inhalt des Beweisantrags noch nach den Feststellungen des Urteils behauptet. — Das Urteil stellt vielmehr ausdrücklich fest, der Angeklagte habe die Behauptung, er habe die Einwilligung des Verfassers als gegeben erachtet, nicht aufgestellt. Die Einwilligung des Verlages der landwirtschaftlichen illustrierten Zeitung konnte die nach dem Gesetz erforderliche Einwilligung des Verfassers nicht ersetzen. Nahm Angeklagter dies an und hielt er deshalb die Einwilligung des Verfassers nicht für erforderlich, so lag ein solcher Irrtum auf strafrechtlichem Gebiete.

Auch im übrigen läßt das Urteil einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

StGB. § 266 Nr. 2. In der unentgeltlichen Einräumung des Besitzes an einer dem Auftraggeber gehörigen Sache ist eine für den Auftraggeber nachteilige Verfügung über ein Vermögensstück desselben zu finden, wenn die Sache zur Vermietung bestimmt ist und der Empfänger auf Verlangen eine Gegenleistung versprochen haben würde.

II. StrS. U. v. 19. Juni 1908 g. R. 2 D 409/08.

Aus den Gründen: . . . Der Angeklagte war nach den Urteilsgründen von dem Rechtsanwalt Dr. K. mit der Verwaltung des diesem gehörigen Hauses betraut und hat den Agenten P. darin ein Verkaufslokal von Mitte bis Ende Mai und vom 1. bis 26. Juli 1907 umsonst bewohnen lassen. In dieser Einräumung des Besitzes ist ohne Rechtsirrtum eine Verfügung über ein Vermögensstück des Rechtsanwalts K., einen vermietbaren Raum in dessen Mietshaus, erblickt. Die reine Unterlassung eines Rechtserwerbs durch einen Bevollmächtigten ist allerdings keine Verfügung über ein Vermögensstück des Auftraggebers. Wenn aber die Unterlassung eines Rechtserwerbs zusammenfällt mit der Verfügung über ein Vermögensstück, so ist sie keine reine Unterlassung. Die unentgeltliche Einräumung des Besitzes an einer dem Auftraggeber gehörigen Sache ist eine für diesen nachteilige Verfügung, wenn die Sache zur Vermietung bestimmt ist und der Empfänger auf Verlangen eine Gegenleistung versprochen haben würde; es braucht dann nicht festgestellt zu werden, daß auch ohne die Überlassung an ihn ein Vorteil aus der Sache gezogen wäre. . . .

Das Urteil sagt: der Angeklagte konnte und mußte sich sagen, daß er wohl von P. für die Benutzung des Ladens Miete erzielen konnte, wie er auch wirklich solche im Betrage von 100 Mk. für den Monat Juni erlangt hat. Dieser Ausspruch ist dahin zu verstehen, daß der Angeklagte bei der Einräumung und Belassung des Mietbesitzes an P. sich bewußt war, dieser würde sich zur Zahlung einer Miete für die ganze Besitzzeit, also auch für den halben Mai und die Tage im Juli, verpflichtet haben, wenn der Angeklagte die Überlassung des Ladens von der Übernahme einer solchen Verpflichtung abhängig gemacht hätte. Hiermit ist die Benachteiligung des Rechtsanwalts K. und der zur Bestrafung des Angeklagten wegen Untreue erforderliche Vorsatz festgestellt.

Der § 266 des Strafgesetzbuchs ist nicht verletzt, die Revision unbegründet.

Digitized by Google

StPO. § 243. Der Antrag auf Herbeischaffung von Urkunden als Beweismittel kann regelmäßig nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Echtheit der Urkunden nicht festzustellen sein werde (im Anschluß an Entsch. 39, 258).

V. StrS. U. v. 19. Juni 1908. 5 D 409/08.

Aus den Gründen: Die Beschwerde der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung durch Ablehnung des Antrages, den Angeklagten nochmals nach dem Schlieperbruch zu der Stelle zu führen, an der er angeblich die von D. erhaltenen Briefe niedergelegt haben will, ist begründet.

Der Antrag bezweckte den Nachweis, daß Jean D. den Angeklagten gebeten habe, ihm ein Mädchen zuzuführen. Der Angeklagte wollte hierdurch seine Behauptung unterstützen, daß er das Mädchen, welches er von H. nach A. gebracht hatte, dort dem D. übergeben habe, und so, wie seine Schlußerklärung in der Hauptverhandlung ergibt, den Verdacht der Ermordung der Hedwig H. von sich auf D. ablenken.

Das Gericht hat als wahr unterstellt, daß an der von dem Angeklagten zu bezeichnenden Stelle Briefe mit der Unterschrift „Jean D." zu finden seien, in deren einem er gebeten wird, dem D. ein Mädchen zu verschaffen. Es erklärt aber diese Tatsache als einflußlos für die Bildung der richterlichen Überzeugung, da wegen Nichtermittlung des D. trotz umfangreicher Nachforschungen die Annahme berechtigt sei, daß der Angeklagte selbst jene Briefe zum Zweck seiner späteren Entlastung angefertigt habe oder durch einen andern habe anfertigen lassen.

. . . Daß die angeblichen Briefe nicht von D. herrührten, sondern vom Angeklagten oder auf dessen Veranlassung fälschlich hergestellt seien, gründet das Schwurgericht lediglich auf die Tatsache der derzeitigen Nichtermittlung des D. Dies kann nicht genügen. Regelmäßig wird die Frage der Echtheit einer Urkunde ohne deren Vorlegung nicht zu entscheiden sein (vgl. Entsch. **39** 258 (259, 260). Im vorliegenden Falle handelt es sich um angeblich von einem Ausländer herrührende Briefe. Sind solche Briefe überhaupt geschrieben und aufzufinden, so könnten unter Umständen schon die durch den Poststempel beurkundeten Angaben über Ort und Zeit der Aufgabe des Briefes einen Anhalt dafür geben, daß die Annahme einer Fälschung unbegründet oder doch unwahrscheinlich sei. Diese Annahme enthält jedenfalls eine Vorwegnahme des Ergebnisses des angetretenen Beweises, welche selbst dann für unzulässig erachtet werden müßte, wenn es sich nicht um ein schwurgerichtliches Verfahren handelt, in welchem die Geschworenen endgültig über die behaupteten Tatsachen zu entscheiden haben, und in dem daher das Gericht von der ihm allerdings gegebenen Befugnis, über die Zulassung oder Ablehnung eines Beweisantrages zu entscheiden, nur mit äußerster Vorsicht im letzteren Sinne Gebrauch zu machen hat — Vgl. Entsch. **7** 76 (77), aber auch **35** 389.

StGB. §§ 263, 267. Über die Möglichkeit eines Betrugs oder einer Urkundenfälschung durch die Vorlegung einer vom Kläger verfälschten Urkunde an den Gerichtsschreiber bei der protokollarischen Aufnahme einer Zivilklage.

III. StrS. U. v. 22. Juni 1908 g. W. 3 D 317/08.

Gründe: Die Strafkammer hat den Angeklagten wegen schwerer Urkundenfälschung in einheitlichem Zusammentreffen mit versuchtem Betruge verurteilt.

Was zunächst den versuchten Betrug anbelangt, so setzt dieses Delikt voraus, daß jemand durch Täuschung zu einer Verfügung über eigenes oder fremdes Vermögen bestimmt werden sollte. Der Vorderrichter nimmt an, daß im vorliegenden Falle der Angeklagte den Gerichtsschreiber durch Täuschung zur Aufnahme einer Klage gegen den Freiherrn von Sch. bestimmen wollte. Eine Klage bewirkt aber keine Verfügung über das Vermögen des Beklagten, sondern verfolgt bloß einen Anspruch gegen den Beklagten, und wenn sie eine Verfügung enthielte, würde nicht der Gerichtsschreiber, der sie aufgenommen hat, sondern der Kläger selbst als der Verfügende anzusehen sein; denn der Gerichtsschreiber wirkt bei Aufnahme der Klage nur als Gehilfe des Klägers mit.

Die Verurteilung wegen versuchten Betruges läßt sich deshalb nicht aufrecht erhalten. Es wäre nun allerdings denkbar gewesen, daß der Angeklagte zwar nicht den Gerichtsschreiber, aber doch den Richter durch Täuschung zu einer schädigenden Verfügung, insbesondere zu einer dem Beklagten nachteiligen

Entscheidung hätte bestimmen wollen; allein nach dieser Richtung hin ist bisher weder eine vollendete, noch eine begonnene Täuschungshandlung festgestellt, da der gefälschte Vertrag dem Richter nicht zugänglich gemacht ist, auch nicht erhellt, ob es schon bei Vornahme der Fälschung auf Täuschung des Richters abgesehen war und die bloße Aufstellung unrichtiger Behauptungen im Prozesse eine Vorspiegelung falscher Tatsachen im Sinne des § 263 StGB. nicht enthält.

Aber auch die Verurteilung wegen schwerer Urkundenfälschung (§§ 267, 268¹ StGB.) ist zu beanstanden. Der Tatbestand dieses Verbrechens erfordert, daß von der verfälschten Urkunde zum Zweck einer Täuschung Gebrauch gemacht ist. Der Vorderrichter nimmt an, daß im vorliegenden Falle ein solches Gebrauchmachen stattgefunden habe, und zwar gegenüber dem Gerichtsschreiber. Der Angeklagte habe, so wird ausgeführt, dem Gerichtsschreiber den gefälschten Vertrag vorgelegt, um ihn in den Glauben zu versetzen, daß der Vertrag echt und deshalb geeignet sei, den Beweis für die darin enthaltenen Tatsachen zu liefern. Wenn diese Ausführungen so zu verstehen wären, der Angeklagte habe irrtümlich angenommen, daß dem Gerichtsschreiber die Richtigkeit der Klagetatsachen nachgewiesen werden müsse, so würde das Gebrauchmachen im Sinne des § 267 allerdings als bedenkenfrei festgestellt angesehen werden müssen, da es nicht d a r a u f ankommt, ob die Täuschung zur Erreichung des vom Täter verfolgten Zweckes nötig war, sondern nur darauf, ob sie von ihm gewollt war. Der Vorderrichter hat aber in keiner Weise angedeutet, daß es sich hierbei nur um einen I r r t u m des Angeklagten gehandelt habe, und es muß deshalb mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß er selbst inbetreff der Rechte und Pflichten des Gerichtsschreibers dieselbe Auffassung gehabt hat, wie nach seiner Feststellung der Angeklagte. Dann würde er die Stellung des Gerichtsschreibers aber verkannt haben, denn dieser ist nicht berechtigt, die Aufnahme einer Klage davon abhängig zu machen, daß ihm die Überzeugung von der Richtigkeit der Klagebehauptungen verschafft wird. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, daß die Feststellungen des Vorderrichters durch einen solchen Rechtsirrtum beeinflußt sein könnten. An sich war es auch denkbar, daß der Angeklagte den Vertrag vorlegte, um dem Gerichtsschreiber die Anfertigung der Klage zu erleichtern, oder weil er glaubte, daß der Klage eine Abschrift des Vertrages beizufügen sei.

Das angefochtene Urteil mußte hiernach aufgehoben werden. Sollte die Vorinstanz auf Grund der neuen Verhandlung nicht wieder zu der Feststellung gelangen, daß eine Täuschung des Gerichtsschreibers beabsichtigt war, so würde zu prüfen sein, ob etwa der Angeklagte schon bei Vornahme der Verfälschung die Absicht hatte, demnächst von der Urkunde zum Zweck einer Täuschung des Richters oder anderer Personen Gebrauch zu machen. (§ 43 in Verbindung mit § 268¹ StGB.)

StGB. § 263. Eine Vermögensbeschädigung des Eigentümers eines Sparkassenbuchs kann in der bloßen Übertragung des Besitzes dieses Buches an den Täter gefunden werden, wenn dieser, als er die Überlassung veranlaßte, bereits die Absicht hatte, darauf Geld für sich zu erheben.

III. StrS. U. v. 22. Juni 1908. 3 D 332/08.

A u s d e n G r ü n d e n: Der Tatbestand des Betruges setzt voraus, daß jemand durch Täuschung zu einer ihm selbst oder einem Dritten nachteiligen Vermögensdisposition bestimmt worden ist. Die Schädigung muß also durch eine Handlung des Getäuschten vermittelt sein. Im vorliegenden Falle konnte sonach die schädigende Handlung nicht darin gefunden werden, daß die Angeklagte auf das Sparkassenbuch der Frau A. 150 Mk. abhob, sondern nur darin, daß die A. das Buch bei der Angeklagten zurückließ. Wie festgestellt ist, war die Angeklagte, schon als sie die A. um Zurücklassung des Buches bat, entschlossen, im eigenen Interesse Geld von deren Guthaben zu erheben. Wenn nun die A. unter solchen Umständen der Angeklagten den Besitz des Buches anvertraute, so konnte darin unbedenklich eine Schädigung ihres Vermögens gefunden werden. Daß die Strafkammer die durch die Täuschung herbeigeführte Schädigung erst in der Abhebung der 150 Mk. gefunden hätte, kann nicht angenommen werden. Der Umstand, daß sie den Schaden der A. auf 150 Mk. beziffert, ist in dieser Beziehung nicht entscheidend. Es bestand kein rechtliches Hindernis, bei Schätzung des in der betrügerischen Besitzentziehung liegenden Schadens darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Angeklagte durch den Besitzerwerb in den Stand gesetzt wurde, zum Nachteil der A. von dem Sparkassenguthaben 150 Mk. einzuziehen.

Digitized by Google

1. StGB. §§ 177, 43, 176 Nr. 1. Eine Fragestellung wegen Notzuchtsversuchs und Verbrechens gegen § 176 Nr. 1 StGB. in Idealkonkurrenz ist zulässig. — 2. StPO. § 52 Nr. 1. Der Begriff „bei Ausübung der Seelsorge anvertraut" verlangt nicht eine Mitteilung des Beichtkindes.

V. StrS. U. v. 26. Juni 1908 g. M. 5 D 400/08.

Aus den Gründen: Die seitens der Revision gegen die Fragestellung erhobenen Bedenken konnten nicht für durchgreifend erachtet werden.

Nach dem Eröffnungsbeschlusse war dem Angeklagten zur Last gelegt, sich durch eine und dieselbe Handlung (§ 73 StGB.) sowohl nach §§ 177, 43 StGB. als auch nach § 176 Nr. 1 daselbst strafbar gemacht zu haben. Die rechtliche Möglichkeit eines Zusammentreffens der Tatbestände der beiden genannten Verbrechen in einer den Gegenstand der Aburteilung bildenden Tat ist vom Reichsgericht bereits anerkannt worden. (Vergl. Goltd. Arch. **46** 442; Rechtspr. **10** 158; Juristische Wochenschrift 1908 S. 159 Nr. 15.) Um diese Anklage zu erschöpfen, mußten die Geschworenen befragt werden, ob der Angeklagte durch eine und dieselbe Handlung die mehreren vorgedachten Strafgesetze verletzt habe (§§ 292, 293 StPO.). Dies konnte in der Weise geschehen, daß die Merkmale der verschiedenen Strafgesetze in eine Frage zusammengefaßt wurden, wie es im vorliegenden Falle bei der Frage 1 geschehen ist, oder daß zwei Hauptfragen gestellt wurden, in denen zum Ausdruck gebracht wurde, daß sie nicht verschiedene Straffälle, sondern dieselbe Tat zum Gegenstand haben. (Vergl. Entsch. **4** 287, **21** 405.). Unter den gegebenen Umständen war es Sache der Geschworenen, hierüber nach stattgehabter Rechtsbelehrung (§ 300 StPO.) zu entscheiden.

. . . Auch gegen die Vorschrift des § 52 Nr. 1 StPO. ist nicht verstoßen. Nach den im Sitzungsprotokoll befindlichen Feststellungen hat das Gericht die Berechtigung des Zeugen Pfarrers L. zur Verweigerung der Aussage ersichtlich deshalb anerkannt, weil er als Seelsorger der Frau T. die Erklärungen des Angeklagten entgegengenommen und sich daraufhin mit der Ehefrau T., seinem Beichtkinde, in Verbindung gesetzt habe. Was die Revision hiergegen vorbringt, erscheint verfehlt: es kann nicht darauf ankommen, ob der Geistliche Vermittelungsversuche zwischen dem Angeklagten und Frau T. gemacht hat und ob er der Seelsorger beider Teile oder nur eines von beiden gewesen ist; er war nach dem Gesetz zur Zeugnisverweigerung in Ansehung desjenigen berechtigt, was ihm in seiner Eigenschaft als Seelsorger „bei Ausübung der Seelsorge" anvertraut war; dazu gehörten nach Lage der Sache nicht nur die Mitteilungen des Beichtkindes, sondern auch die Erzählungen des Angeklagten. Von einer unzulässigen generellen Zeugnisverweigerung kann keine Rede sein, denn der Zeuge ist, wie das Sitzungsprotokoll beweist, nach Leistung des Zeugeneides zur Person und zur Sache vernommen worden.

Verfassung des Deutschen Reichs v. 16. April 1871. Art. 2. Gegenüber ordnungsmäßig ausgefertigten und verkündeten Gesetzen gibt es kein richterliches Prüfungsrecht hinsichtlich des verfassungsmäßigen Zustandekommens des Gesetzes.

I. StrS. U. v. 29. Juni 1908 g. H. u. Gen. 1 D 445/08.

Aus den Gründen: Die Revision meint, der „§ 302e StGB. sei ungültig, weil dieses Gesetz zu einer Zeit publiziert worden sei, zu welcher derjenige Reichstag, von dem die Vorlage genehmigt worden sei, nicht mehr existiert habe, dagegen der Reichstag in der aus den Neuwahlen hervorgegangenen Zusammensetzung bereits berufen gewesen sei." Die Richtigkeit der dieser Aufstellung zugrunde liegenden, in der Literatur vereinzelt vertretenen Ansicht braucht hier nicht untersucht zu werden. Das Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher, wodurch § 302e in das Strafgesetzbuch eingestellt worden ist, ist „im Namen des Reichs" vom Kaiser unter Gegenzeichnung des Reichskanzlers am 19. Juni 1893 ausgefertigt und in der Nr. 24 des Reichsgesetzblatts vom gleichen Jahre verkündet worden (Art. 17 der Reichsverfassung). Hierdurch hat es gemäß Art. 2 der Reichsverfassung nach Ablauf der dort vorgesehenen Frist verbindliche Kraft erhalten und zwar unbedingt für jedermann im Gebiete seiner Gültigkeit, also auch für die richterliche Anwendung. Mit dem Rechte der Ausfertigung und Verkündung der Reichsgesetze, das nach Art. 17 der Reichsverfassung dem Kaiser zusteht, ist für ihn und an seiner Stelle für den Reichskanzler notwendig auch das Recht und die Pflicht verbunden, zu prüfen, ob die verfassungsmäßigen Voraussetzungen für jene Maßnahmen gegeben sind. Wird durch die Ausfertigung und Verkündung eines Reichsgesetzes das Vor-

Digitized by Google

handensein der Voraussetzungen bejaht, so muß gegenüber diesem Ergebnisse der verfassungsmäßig allein möglichen Prüfung jede Nachprüfung und insbesondere auch eine solche durch den Richter ausgeschlossen sein (Entsch. in Zivilsachen **9**, 235/236). Der Angriff der Revision auf die Rechtsgültigkeit des angewendeten Strafgesetzes geht daher jedenfalls fehl.

StPO. § 260. Würdigung einer nichteidlichen Zeugenaussage als einer eidlichen bildet einen Revisionsgrund.

V. St.S. U. v. 30. Juni 1908 g. R. 5 D 431/08.

Aus den Gründen: Für durchgreifend mußte die Rüge erachtet werden, daß die Aussage der Zeugin Frau H. von dem Vorderrichter als eine eidliche gewürdigt worden ist, während es sich in Wirklichkeit um eine unbeeidigte Aussage handelt. Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist nach Verlesung der H.schen Aussage unter Mitteilung der Notiz des Bezirksamts F. im Kanton Thurgau in der Schweiz vom 10. März 1908, in der auf die einschlägige Bestimmung der Strafprozeßordnung für den Kanton Thurgau über die Beeidigung von Zeugen verwiesen ist, bemerkt worden, daß die Zeugin nicht beeidigt sei. Trotzdem ist in dem Urteil, in welchem die Aussage der genannten Zeugin als grundlegend für den Sachverhalt mitverwertet ist, an einer Stelle gesagt: „Wenn Frau H. auch, wie sie eidlich bekundet hat, dem Angeklagten nichts versprochen hat, so hat das Gericht nach der ganzen Sachlage doch angenommen und festgestellt, daß der Angeklagte einen Teil des Geldes zu erhalten hoffte, wenn er der Frau H. das Geld verschaffte." Der zwischen dem Urteil und dem Protokoll hiernach bestehende Widerspruch würde ohne Bedeutung sein, wenn er durch ein bloßes Schreibversehen bei der Urteilsabfassung veranlaßt worden wäre; es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Strafkammer bei der Urteilsfindung von der unrichtigen Ansicht beeinflußt war, die Aussage der Zeugin sei eine eidliche gewesen. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen (z. B. Urt. des I. Strafsenats vom 13./11. 02 D 4375/02, Urt. des III. Strafsenats vom 10./4. 05 D 5767/04), daß ein Irrtum über die Frage, ob ein Zeuge beeidigt sei oder nicht, keineswegs ohne Belang sei. In dem Urteil vom 13./11. 02 ist ausgeführt, ein solcher Irrtum entziehe dem Gericht die sichere Grundlage, auf welcher es bei Feststellung des Beweisergebnisses, insbesondere bei Abschätzung des Wertes der einzelnen Beweismittel seine freie Überzeugung betätigen könne; es nehme ihm die Möglichkeit, bei Schöpfung des Urteils überhaupt in einer die Vorschrift des § 260 StPO. entsprechenden Weise zu verfahren; demgemäß führe ein solcher Irrtum eine Verletzung der vorbezeichneten Gesetzesstelle ebenso herbei, wie wenn der Richter seine Überzeugung auf andere Erkenntnisquellen als die mündliche Verhandlung gründe, oder in der irrigen Meinung, an gesetzliche Beweisregeln gebunden zu sein, seiner freien Beurteilung unzulässige Schranken setzt. Indem der erkennende Senat diesen Ausführungen beitritt, erblickt er in der Verwertung der unbeeidigten Zeugenaussage als einer eidlichen einen Verstoß gegen § 260 StPO., der vorliegenden Falles zur Aufhebung des Urteils führen muß, weil die Aussage der Zeugin Frau H. für die Überführung des Angeklagten offenbar von erheblicher Bedeutung gewesen ist. Hiernach war zu erkennen, wie geschehen.

StGB. §§ 63, 64. Verfasser und Verbreiter einer Druckschrift strafbaren Inhalts — als „an der Handlung Beteiligte" i. S. obiger Bestimmungen, wenn sie auch nicht als Teilnehmer i. S. der §§ 47—49 StGB. anzusehen sind.

V. StrS. U. v. 30. Juni 1908 g. J und Gen. 5 D 331/08.

Aus den Gründen: .... Es besteht aber noch ein weiteres Bedenken gegen den Bestand der angefochtenen Entscheidung.

Die Anklage war gegen die Beschwerdeführer und drei weitere Personen, in Ansehung welcher der Strafantrag später zurückgenommen worden ist, wegen Beleidigung des Bürgermeisters Th. und zweier anderer Personen durch Verbreitung dreier Flugschriften erhoben worden. Wie die Anklageschriften ausführen, hat der Gastwirt L., der der Ehemann der Beschwerdeführerin L. und der Schwager des Beschwerdeführers J. ist, diese Flugschriften von Luxemburg aus vertreiben lassen und dazu in erster Linie seine Ehefrau benützt; die sämtlichen

ursprünglich unter Anklage gestellten Personen haben „sich an dieser Verbreitung beteiligt." Das Hauptverfahren ist wegen Beleidigung durch „Weitergabe" jener Flugschriften eröffnet worden. Allerdings haben weder die Anklageschriften noch die Eröffnungsbeschlüsse und ebensowenig auch das Urteil eine Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB. angenommen. Wie aber das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat (Entsch. **20** 54; **33** 161; **38** 430; Goltd. Arch. **51** 405) sind unter den „an der Handlung beteiligten" im Sinne der §§ 63, 64 StGB. nicht nur diejenigen Personen zu verstehen, welche bei der in Frage kommenden strafbaren Handlung als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen mitgewirkt haben, sondern auch diejenigen, welche ohne den zur Teilnahme nach §§ 47 bis 49 StGB. erforderlichen Vorsatz durch ihr Zusammenwirken den gesetzwidrigen Erfolg herbeigeführt haben (vergl. auch Entsch. **25** 15). Maßgebend für die Entscheidung der Frage ist, ob eine einheitliche, durch das Zusammenwirken mehrerer verursachte Handlung oder ob mehrere selbständige Handlungen in Frage kommen, durch welche sich mehrere Personen, wenn auch gleichartig, strafbar gemacht haben.

Ob sich der Erstrichter dieser Grundsätze bei der Verurteilung der Beschwerdeführer und bei der Beeidigung der drei Zeugen, die ursprünglich auch unter Anklage gestellt gewesen sind (vergl. Entsch. **12** 122; **8** 299), bewußt gewesen ist, ist aus dem Urteile nicht zu ersehen. Sich darüber klar auszusprechen, war aber nach der Sachlage dringend geboten.

StPO. § 264 Abs. 1. VZG. §§ 136, 137. 1. Die Anwendbarkeit des § 264 StPO. ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß das im Urteil angewendete Gesetz formell im Eröffnungsbeschluß angezogen war. Entscheidend ist, ob es das dem Eröffnungsbeschluß i n h a l t l i c h *zugrunde liegende war. — 2. Der Hinweis ist erforderlich, wenn der Eröffnungsbeschluß lediglich Kontrebande im Sinne des § 134 VZG. annahm, die Verurteilung aber auf Grund einer der Beweisvermutungen der §§ 136, 137 VZG. erfolgen soll.*

V. StrS. U. v. 3. Juli 1908 g. H. 5 D 323/08.

A u s d e n G r ü n d e n: Das Hauptverfahren war gegen den Angeklagten eröffnet worden, weil er hinreichend verdächtig erschien, im Mai 1906 zu Spork die Verordnung der Königlichen Regierung zu Münster vom 26. Juni 1894, betr. die Einfuhr von Wiederkäuern und Schweinen aus dem Königreiche der Niederlande, ein Einfuhrverbot, das von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens von Viehseuchen angeordnet worden ist, wissentlich verletzt zu haben.

Angezogen sind dabei § 328 StGB. „in Verbindung mit" § 134 VZG. und die VO v. 26. Juni 1894. Die Anklageschrift, die zur Erläuterung des Eröffnungsbeschlusses herangezogen werden darf, stimmte hinsichtlich der Anklageformel, auch was die angezogenen Strafgesetze anlangt, damit völlig überein. In der sogenannten Sachdarstellung fehlte jedoch jede Erklärung dafür, daß irgend eine Strafbestimmung des Vereinszollgesetzes zur Anwendung kommen könnte. Ein Hinweis auf eine mögliche Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes gemäß § 264 StPO. ist in der Hauptverhandlung nicht erfolgt. Das erkennende Gericht vermochte nicht, die positive Feststellung zu treffen, daß der Angeklagte die in Betracht kommenden Ferkel aus dem Auslande eingeführt habe, wendete deshalb den § 328 StGB. nicht an, es verurteilte ihn aber trotzdem wegen Kontrebande aus § 134 VZG., weil es als nachgewiesen ansah, daß er im Sinne von § 136 Nr. 5d a. a. O. die Ferkel ohne den vorschriftsmäßigen Zollausweis transportiert habe. In sachlicher Beziehung ist diese Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden. Denn nach § 137 a. a. O. wird das Dasein der in Rede stehenden Übertretung des VZG. und die Anwendung der Strafe derselben in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Tatsachen begründet, während eine Verurteilung wegen des mit der Kontrebande zusammenfallenden Vergehens gegen § 328 StGB. nur erfolgen durfte, wenn dessen Merkmale in subjektiver und objektiver Hinsicht ausdrücklich nachgewiesen waren (Entsch. **26** 128). Allein mit Recht rügt der Angeklagte, daß seine Verurteilung wegen Kontrebande unter den obwaltenden Umständen dadurch bedingt war, daß er zuvor gemäß § 264 StPO. auf die tatsächlich eingetretene Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen wurde. Bedeutungslos ist dabei, daß in dem Eröffnungsbeschlusse § 134 VZG. angezogen, daß somit die Verurteilung aus der in ihm angeführten Strafvorschrift ausgesprochen worden ist. Dieser rein

Digitized by Google

äußerliche Umstand der Beibehaltung desselben Paragraphen des Strafgesetzes ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es auf das dem Eröffnungsbeschlusse inhaltlich zugrunde liegende Strafgesetz an, und der in § 264 StPO. vorgeschriebene Hinweis ist erforderlich, wenn eine von dem Eröffnungsbeschlusse abweichende Begehungsform der Straftat in Frage steht. Denn es soll dadurch eine Beeinträchtigung des Angeklagten in seiner Verteidigung verhindert werden. Nun bedarf es keines Nachweises, daß sich der Angeklagte ganz wesentlich anders verteidigen muß, wenn ihm statt der Beschuldigung, Schweine aus dem Ausland eingeführt zu haben, zur Last gelegt wird, Schweine im Grenzbezirk ohne den vorschriftsmäßigen Zollausweis transportiert zu haben, mag auch auf Grund der in § 137 VZG. aufgestellten Rechtsvermutung das Gericht im letzteren Fall zu der Annahme berechtigt gewesen sein, daß der Angeklagte jene Schweine aus dem Auslande eingeführt habe. Dazu tritt, daß nach Abs. 2 das. die in Abs. 1 aufgestellte Rechtsvermutung entkräftet werden kann. Der Angeklagte hat deshalb ein wesentliches Interesse daran, auf die Möglichkeit der Anwendung des § 136 VZG. hingewiesen zu werden, um ihm Gelegenheit zu geben, auf die erforderlichen Feststellungen im Sinne des § 137 Abs. 2 das. hinzuwirken. Die formalen Tatbestände des § 136 VZG. sind eben gegenüber dem einfachen Tatbestand des § 134 das. im Sinne des § 264 StPO. andere Strafgesetze, so daß das Gericht, will es statt des direkten Beweises einer Kontrebande sich auf jene Rechtsvermutung stützen, zu einem der Sachlage entsprechenden Hinweise, wobei auch § 155 VZG. nicht außer acht gelassen werden darf, verpflichtet ist (Entsch. **28** 114).

Das angegriffene Urteil unterlag deshalb, insoweit durch dasselbe der Angeklagte verurteilt ist, der Aufhebung, und es mußte in diesem Umfange die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

StPO. § 253 Abs. 1. Ob in einem zu verlesenden Protokoll ein „Geständnis" enthalten ist, ist wesentlich allein vom Tatrichter zu entscheiden. Auf die Behauptung, in einem gemäß § 253 Abs. 1 verlesenen Protokoll sei kein Geständnis enthalten, kann daher die Revision regelmäßig nicht gestützt werden.

FS. U. v. 28. Juli 1908 g. L. 3 D 622/08.

Aus den Gründen: Fehl geht die Revisionsrüge, § 253 StPO. sei dadurch verletzt, daß die in der Hauptverhandlung verlesenen gerichtlichen Protokolle vom 2. Mai und das erste vom 4. Mai 1908 kein Geständnis des Angeklagten enthielten. Nach dem angezogenen § 253 Abs. 1 StPO. war die Verlesung der Protokolle nur zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis zulässig. Sie ist aber, wie das Sitzungsprotokoll ergibt, auch nur zu diesem Zwecke erfolgt, so daß es dahin gestellt bleiben kann, ob, was die Revision weiter verneint, die Verlesung auch auf Grund des Absatzes 2 des § 253 StPO. hätte vorgenommen werden dürfen. Ob die fraglichen Protokolle Geständnisse enthielten, unterlag zunächst der pflichtmäßigen Prüfung des Vorsitzenden. Tatsächlich ist auch kein Anhalt für die Annahme vorhanden, daß das Gericht den Begriff des Geständnisses verkannt hätte. Denn darunter ist nicht ein formelles Schuldbekenntnis zu verstehen, sondern das Einräumen von Tatsachen, aus denen Schlußfolgerungen auf die Schuld des Angeklagten gezogen werden können (Rechtspr. **6** 554). Ob letzteres zutrifft, ist wesentlich nur auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung, und deshalb allein vom Tatrichter zu entscheiden. Daraus ergibt sich aber mittelbar, daß auf die Behauptung, in einem gemäß § 253 Abs. 1 StPO. verlesenen Protokoll sei kein Geständnis enthalten, die Revision regelmäßig nicht gestützt werden kann.

RG. v. 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere in Verb. mit Auslieferungsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz v. 24. Januar 1874. Die Strafverfolgung aus § 11 des RG. v. 5. Juli 1896 gegen eine Person, die wegen betrüglichen Bankerutts aus dem Kanton Genf ausgeliefert ist, ist zulässig, weil jene Straftat nichts anderes ist, als eine mit höherer Strafe bedrohte Unterschlagung und die letztere nach Art. 1 Nr. 12 des Vertrags eine derjenigen Handlungen ist, wegen deren die Auslieferung stattfinden darf.

FS. U. v. 24. August 1908 g. B. 3 D 702/08.

Aus den Gründen: Keine der erhobenen Rügen konnte dem Rechtsmittel zum Erfolge verhelfen.

Digitized by Google

. . . . Die Voruntersuchung ist auf den Antrag der Staatsanwaltschaft eröffnet wegen der Anschuldigung, daß Angeklagter im Jahre 1907 im Landgerichtsbezirk H. als Schuldner, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke verheimlicht oder beiseite geschafft hat. Verbrechen gegen § 239 Nr. 1 KO. Nach dem Schlusse der Voruntersuchung hat die Staatsanwaltschaft durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gericht den Antrag gestellt, wegen des genannten Verbrechens das Hauptverfahren vor dem zuständigen Schwurgericht zu eröffnen. Das Gericht hat diesem Antrage nicht entsprochen, vielmehr auf Grund des § 200 StPO. eine Ergänzung der Voruntersuchung angeordnet und dabei die Prüfung der Frage angeregt, ob der Angschuldigte durch die ihm zur Last gelegten Handlungen nicht gleichzeitig Vergehen und Verbrechen gegen das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896, insbesondere Verbrechen gegen § 11 des Gesetzes begangen habe. Dieser Beschluß ist dem Angeschuldigten zugestellt und die angeordnete Ergänzung der Voruntersuchung ausgeführt worden; der Angeschuldigte ist dabei wiederholt in eingehender Weise vernommen. Nach Abschluß der Ermittelungen hat die Staatsanwaltschaft die Akten dem Gericht wieder vorgelegt mit dem Bemerken, daß die Anklage aufrecht erhalten werde und daß in einem Falle (Fall J.) in ideeller Konkurrenz Verbrechen gegen § 11 des Depotgesetzes in Frage komme. Das Gericht hat darauf das Hauptverfahren wegen in ideeller Konkurrenz begangener Verbrechen gegen § 239 Nr. 1 KO. und § 11 des RG. vom 5. Juli 1896 (sogen. Depotgesetz) eröffnet. . .

In der Hauptverhandlung hat der Angeklagte sich auf die Anschuldigung, die dem Zeugen J. gehörigen Kuxe verkauft zu haben, ausgelassen, und der sich anschließende Antrag des Verteidigers, den Angeklagten über den Tatbestand des Verbrechens aus § 11 des Depotgesetzes nicht weiter zu hören und Zeugen darüber nicht zu vernehmen, ist lediglich damit begründet, daß das Verfahren hinsichtlich dieses Delikts mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Auslieferungsvertrages mit der Schweiz und auf die Fassung des Auslieferungsvertrages unzulässig sei. . .

Eine Verletzung des Auslieferungsvertrages des Deutschen Reichs mit der Schweiz vom 24. Januar 1874 (RGBl. 1874 S. 113 ff.) liegt nicht vor. Zwar ist nach Inhalt der Akten das Auslieferungsersuchen nur wegen betrüglichen Bankerutts gestellt und die Auslieferung des wegen dieses Verbrechens verfolgten Angeklagten von der schweizerischen Regierung bewilligt worden. Trotzdem konnte nach Art. 4 Abs. 3 des genannten Vertrages der in Genf verhaftete Angeklagte auch wegen des konkurrierenden Verbrechens gegen § 11 des RG. vom 5. Juli 1896 zur Untersuchung gezogen werden, denn diese Straftat ist nichts anderes als eine mit höherer Strafe bedrohte Unterschlagung, und die letztere ist nach Art. 1 Nr. 12 des Vertrages eine derjenigen Handlungen, wegen deren die Auslieferung stattfinden darf. (§ 246 StGB. und Art. 361 des code pénal du Canton de Genève). Daß der völkerrechtliche Grundsatz der Spezialität der Auslieferung in dem deutsch-schweizerischen Vertrage vom 24. Januar 1874 nur beschränkte Geltung gefunden hat, insofern die strafrechtliche Verfolgung eines einmal ausgelieferten Verbrechers wegen einer **anderen** Straftat, als wegen welcher die Auslieferung erfolgte, statthaft ist, falls es sich nur um ein „in dem gegenwärtigen Vertrage vorgesehenes Verbrechen oder Vergehen" handelt (vgl. Art. 4 Abs. 3. des Vertrages), hat das Reichsgericht bereits in seiner Entscheidung Bd. 30 S. 440 ausgesprochen.

---

1. StPO. § 56 Nr. 3. Teilnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist im Falle des § 227 StGB. auch der Gegner. 2. StGB. § 226. Realkonkurrenz mehrerer Handlungen desselben Täters gegen denselben Verletzten ist ausgeschlossen. 3. Keine Idealkonkurrenz zwischen StGB. § 226 u. 223 a, sondern Gesetzeskonkurrenz.

V. StrS. U. v. 18. September 1908 g. F. 5 D 675/08.

Aus den Gründen: Schon die Prozeßbeschwerde muß dem Rechtsmittel zum Erfolge verhelfen. Ob ein Zeuge im Sinne des § 56 Nr. 3 StPO. hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat als Teilnehmer verdächtig ist, unterliegt zwar in tatsächlicher Beziehung der freien Prüfung des Gerichtes. Allein die Revision rügt hier nicht ohne Grund, daß im vorliegenden Falle das Gericht, als es die Beeidigung des Zeugen Josef M. und der übrigen Zeugen aus Montenich beschloß, sich von rechtsirrigen Erwägungen hat leiten lassen. Der Beschluß ging dahin:

Digitized by Google

„Der Antrag, den Zeugen Josef M. und die sämtlichen übrigen Zeugen, welche der Teilnahme an der Schlägerei verdächtig sind, nicht zu vereidigen, wird abgelehnt, weil, selbst wenn diese Zeugen nicht ohne ihr Verschulden sich an der Schlägerei beteiligt haben, nur ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen ihrer Tat und der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat des Angeklagten, nicht dagegen Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt."

Der vorstehend erwähnte Antrag des Verteidigers, die genannten Zeugen nicht zu beeidigen, war damit begründet worden, daß nach Lage der Sache die Voraussetzungen des § *227* StGB. vorlägen, daß deshalb alle Beteiligte als Teilnehmer an diesem Vergehen anzusehen seien. Wäre nun das Gericht bei Prüfung des Sachverhaltes in Übereinstimmung mit dem von der Anklage und dem Eröffnungsbeschlusse eingenommenen Standpunkte zu der Überzeugung gelangt, daß die in Betracht kommenden Zeugen der Teilnahme an einem Vergehen gegen § *227* StGB. nicht verdächtig seien, z. B. weil sie sich an der Schlägerei nicht tätig beteiligt haben, oder weil sie ohne ihr Verschulden hineingezogen worden sind, so würde dieser Beschluß rechtlich nicht zu beanstanden, jedenfalls mit der Revision nicht anzugreifen sein. Nicht außer Acht zu lassen ist jedoch dabei, daß eine derartige, auf die tatsächliche Gestaltung des Falles sich stützende Entscheidung erst zweckmäßig nach durchgeführter Beweisaufnahme zu fassen sein wird, da die Beeidigung eines Zeugen, die sich nach dem schließlichen Ergebnis der Beweisaufnahme als unzulässig darstellt, insbesondere in einem Verfahren vor den Geschworenen, zu erheblichen Weiterungen führt. Im vorliegenden Fall hat das Gericht aber den Beschluß auf tatsächliche Erwägungen nicht gestützt. Es erkennt, wie der Wortlaut des Beschlusses ergibt, an, daß die Zeugen der Teilnahme an „der" Schlägerei verdächtig, und es unterstellt, daß sie nicht ohne ihr Verschuden hineingezogen sind. Damit aber waren sämtliche Voraussetzungen des § *227* StGB. als vorhanden bezeichnet. Wenn trotzdem das Gericht der Meinung war, es liege keine Mittäterschaft oder Teilnahme, sondern nur ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen der Tat der Zeugen und der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat vor, so geht es offensichtlich von einer rechtsirrigen Auffassung des Begriffes der Beteiligung an einer Schlägerei im Sinne des § *227* StGB. aus. Denn beteiligt an derselben sind nicht bloß diejenigen, die auf derselben Seite mit demjenigen kämpfen, von dem die schwere Köperverletzung oder die tödliche Verletzung herrührt, sondern alle Teilnehmer, auch wenn sie auf der Gegenseite stehen. Denn das Strafgesetzbuch faßt das Delikt gegen § *227* StGB. als einheitlichen Akt auf, so daß auch der Verletzte selbst sich der Teilnahme an ihm schuldig machen kann (Rechtspr. 9 234).

Das angegriffene Urteil unterlag deshalb mit dem ihm zugrunde liegenden Spruche der Geschworenen, insoweit er sich auf die ausgesprochene Verurteilung bezieht, der Aufhebung, und es mußte in diesem Umfange die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Bezüglich der erneuten Verhandlung ist darauf hinzuweisen, daß dem Urteil auch in materiell-rechtlicher Beziehung Rechtsirrtümer anhaften. Das Hauptverfahren war gegen den Angeklagten nur wegen z w e i e r selbständiger Handlungen eröffnet worden, weil er nämlich verdächtig erschien, den Josef M. und den Mathias M. vorsätzlich körperlich mißhandelt zu haben, und zwar den letzteren mittels Messers und eines Karstes, eines gefährlichen Werkzeuges, und außerdem derart, daß durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden ist. Ausweislich der den Geschworenen vorgelegten Fragen ist aber die Körperverletzung des Mathias M., die nach dem dargelegten Inhalt des Eröffnungsbeschlusses als einheitliche Handlung aufgefaßt war, in zwei selbständige Handlungen zerlegt worden. Dies wäre rechtlich dann nicht zu beanstanden, wenn nur Körperverletzung im Sinne des § *223*a StGB. in Frage gestanden hätten. Hier aber handelte es sich um den Tatbestand des § *226* StGB. Die Körperverletzung soll derartig gewesen sein, daß durch sie der Tod des Verletzten verursacht worden ist. Bei diesem Tatbestand ist eine reale Konkurrenz mehrerer Handlungen derselben Person gegen denselben Verletzten begrifflich ausgeschlossen. Denn hat die erste Körperverletzung bereits den Tod des Verletzten verursacht, so kann eine zweite Handlung, als selbständige Tat gedacht, nicht denselben Erfolg gehabt haben. Vielmehr können, liegen mehrere Tätigkeitsakte vor, dieselben z u s a m m e n nur diese Folge haben. Die notwendige Einheit des Erfolges nötigt zur Ausschließung einer Realkonkurrenz zwischen den einzelnen Tätigkeitsakten, so daß es sich höchstens nur darum

handeln könnte, ob bei besonders geartetem Sachverhalt neben ein Verbrechen gegen § 226 StGB. noch ein Delikt gegen § 223, 223a, oder 224 StGB. treten konnte. Die Stellung zweier selbständiger Fragen bezüglich derselben einheitlichen Tat, durch die selbständige Handlungen festgestellt werden sollen, muß deshalb rechtlich beanstandet werden. Nun haben die Geschworenen allerdings den in der Fragestellung enthaltenen Fehler durch ihre Antwort verbessert. Allein nunmehr ist durch ihren Spruch festgestellt, daß der Angeklagte sich dem Mathias M. gegenüber eines Verbrechens gegen § 226 StGB. in Idealkonkurrenz mit einem Vergehen gegen § 223a StGB. schuldig gemacht habe. Das Gericht hat auch beide Strafvorschriften dem verurteilenden Ausspruche zugrunde gelegt und nur gemäß § 73 StGB. die Strafe aus dem ersteren Gesetze ausgemessen. Darin ist ein Rechtsirrtum enthalten, der übrigens auch bereits dem Eröffnungsbeschlusse zugrunde liegt. Denn wie das Reichgericht wiederholt nachgewiesen hat (Entsch. **26** 312 und **36** 277), handelt es sich in Fällen der vorliegenden Art nicht um ideal konkurrierende Gesetzesbestimmungen, sondern um einen Fall der Gesetzeskonkurrenz, in dem die minder schwere Norm des § 223a StGB. durch die schwerere des § 226 StGB. absorbiert wird. Daraus folgt, daß trotz gleichzeitigem Vorliegen der beiden straferhöhenden Umstände des § 223a und des § 226 StGB. doch nicht beide Tatbestände zugleich feststellbar sind. Vielmehr verliert der Tatbestand des § 223a StGB., liegen die Voraussetzungen des § 226 StGB. vor, seine selbständige rechtliche Bedeutung, und die nach ihm in Betracht kommenden Umstände können höchstens bei der Strafzumessung aus § 226 StGB. Berücksichtigung finden.

StPO. § 259. Bei Aufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht darf das erneut in der Instanz ergehende wiederum auf Verurteilung des Angeklagten gerichtete Urteil nicht dahin lauten: „Das erste Urteil wird aufrecht erhalten," sondern es ist von neuem die Verurteilung des Angeklagten auszusprechen. Bei Klarheit des gemeinten Urteilsausspruchs kann indessen dieser Mangel durch Aufnahme des früheren Schuld- und Strafausspruchs in das die Revision verwerfende Urteil in der Revisionsinstanz beseitigt werden.

IV. StrS. U. v. 18. September 1908. 4 D 507/08.

Gründe: Die Begründung des angefochtenen Urteils läßt einen Rechtsirrtum in der Anwendung des Strafgesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis nicht erkennen.

Zu Ausstellungen gibt jedoch die Formel des angefochtenen Urteils Anlaß, insofern darin die Aufrechterhaltung des Urteils vom 18. Dezember 1907 ausgesprochen worden ist. Dieses frühere Urteil ist durch die Entscheidung des Revisionsgerichts vom 6. März 1908 aufgehoben worden, eine Aufrechterhaltung desselben konnte mithin nicht mehr in Frage kommen.

Wenn im Wiederaufnahmeverfahren unter Umständen eine solche Aufrechterhaltung des ursprünglichen Urteils nachgelassen ist (§ 413 StPO.), so beruht dies auf besonderer, auf das anders geartete Verfahren der vorliegenden Art nicht übertragbarer Gesetzesbestimmung. Vielmehr hatte die Strafkammer, nachdem unter Aufhebung des älteren Urteils nebst dessen Feststellungen die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden war, unter Berücksichtigung der Bestimmungen des § 398 StPO., im übrigen aber ganz unabhängig von dem Ergebnisse des früheren Verfahrens, eine völlig neue Verhandlung und Entscheidung der Sache eintreten zu lassen, und die Entscheidung hatte, wenn die Voraussetzungen einer Verurteilung des Angeklagten vorlagen, gemäß § 259 StPO. auf die Verurteilung desselben zu lauten. Ein vom Revisionsgericht aufgehobenes Urteil „aufrecht zu erhalten" liegt nicht innerhalb der Befugnisse des erstinstanzlichen Gerichts.

Die Formel des angefochtenen Urteils ist überdies aber auch ihrem Wortlaute nach sachlich unzutreffend. Wie schon die ganze Sachlage ergibt und aus den Urteilsgründen auch zweifelsfrei hervorgeht, hat es keineswegs in der Absicht der Strafkammer gelegen, das Urteil vom 18. Dezember 1907 schlechthin, in seinem ganzen Umfang aufrecht zu erhalten, da die Feststellungen desselben von denjenigen des angefochtenen Urteils in wesentlichen Punkten abweichen und ihnen teilweise geradezu widersprechen. Vielmehr sollte nur die in der Formel des früheren Urteils getroffene Entscheidung aufrecht erhalten werden, und es ist unrichtig, wenn dies mit den Worten zum Ausdruck gebracht worden ist, daß das frühere Urteil aufrecht erhalten werde.

Der gerügte Mangel vermag jedoch den Bestand des angefochtenen Urteils nicht zu gefährden. Denn in welchem Sinne die Urteilsformel gemeint ist,

wird durch den übrigen Urteilsinhalt völlig klargestellt, namentlich ist auch die Formel des Urteils vom 18. Dezember 1907 im angefochtenen Urteil so wiedergegeben, daß daraus ohne weiteres und ohne ein Zurückgehen auf jenes frühere Urteil selbst der in Wirklichkeit gemeinte Urteilsausspruch entnommen werden kann.

Das Revisionsgericht ist danach in der Lage, aus Anlaß des Rechtsmittels den Sinn der vorinstanzlichen Entscheidung durch eine entsprechende Abänderung der Urteilsformel klarzustellen. Dies bedeutet jedoch nur einen nebensächlichen Erfolg des Rechtsmittels, da es bei der angefochtenen Entscheidung bewendet. Vielmehr war die Revision unter gleichzeitiger Richtigstellung des hervorgehobenen Mangels der Urteilsformel als unbegründet zu verwerfen.

Sprengstoffgesetz v. 9. Juni 1884 §§ 1, 9; StGB. §§ 296, 74. Verübt der unbefugt im Besitz von Sprengstoff Befindliche mittelst dieses ein anderweites Verbrechen oder Vergehen z. B. aus § 296 StGB., so ist Realkonkurrenz des letzteren mit dem Vergehen gegen das Sprengstoffgesetz möglich.

V. StrS. U. v. 18. September 1908 g. R. 5 D 481/08.

Aus den Gründen: .... Unzutreffend ist allerdings die Annahme des Vorderrichters, daß das dem Angeklagten zur Last gelegte Vergehen gegen §§ 1, 9 des Sprengstoffgesetzes bereits „mit der früheren wissentlichen Inbesitznahme des Dynamits vollendet" gewesen und daß deshalb die Zuwiderhandlung gegen § 296 StGB. als eine selbständige Straftat anzusehen sei. Eine Verfehlung gegen die erstere Strafbestimmung lag vielmehr so lange vor, als der Angeklagte Dynamit in seinem Besitz hatte, ohne eine polizeiliche Erlaubnis dazu zu haben, und dies war hier nach den Feststellungen des Vorderrichtes sogar noch nach der Vollendung des Vergehens gegen § 296 StGB. der Fall. Dessenungeachtet war das Landgericht rechtlich nicht behindert, den § 74 StGB. zur Anwendung zu bringen, obwohl das Vergehen gegen das Sprengstoffgesetz noch fortdauerte, als gegen § 296 verstoßen wurde. Denn die bloße Gleichzeitigkeit der Verletzung zweier Strafgesetze bedingt nicht mit rechtlicher Notwendigkeit eine Handlungseinheit im Sinne des § 73 StGB. In rechtlicher Beziehung war es für das Vergehen gegen § 296 StGB. völlig gleichgültig, ob der Angeklagte zu dem Besitze des Dynamits, unter dessen Anwendung er unberechtigt fischte, eine polizeiliche Erlaubnis nachweisen konnte oder nicht, und andererseits war die Strafbarkeit des polizeilich nicht genehmigten Besitzes von Dynamit davon ganz unabhängig, ob der Angeklagte das Dynamit zum unbefugten Fischen benutzt hat. Namentlich hat in subjektiver Beziehung der Vorsatz des einen Delikts nicht ohne weiteres mit dem des anderen etwas zu tun, und daß etwa der Angeklagte schon als er sich in den Besitz des Dynamits setzte, die Absicht gehabt hätte, es zum unberechtigten Fischen zu verwenden, ist nicht festgestellt.

Da das Urteil im übrigen einen Rechtsirrtum bei Anwendung des Strafgesetzes auf den für erwiesen erachteten Sachverhalt nicht zutage treten läßt, so war, wie geschehen, zu erkennen.

StGB. §§ 263, 43. Versuch des Betrugs durch den Verkäufer bei Eingehung eines Kaufvertrags liegt vor, wenn auch ein Minderwert des Kaufgegenstandes im Verhältnis zum Kaufpreise nicht ermittelt ist, der Verkäufer aber irrtümlich einen solchen Minderwert annahm und bei der den Kaufabschluß bewirkenden Täuschungshandlung das Bewußtsein hatte, daß die Täuschung zu einer Vermögensschädigung des Käufers führen werde.

III. StrS. U. v. 21. September 1908 g. He. 3 D 415/08.

Aus den Gründen: Das Landgericht hat im Falle des Betrugsversuchs zum Nachteil des H. erwogen, daß sich das Merkmal der Vermögensbeschädigung nach dem Verhältnis des vereinbarten Kaufpreises von 48000 Mk. zu dem Werte des ihm verkauften Grundstücks bestimme, gleichwohl aber von der Wertermittelung Abstand genommen, ohne dieser Pflicht enthoben zu werden durch die im Urteil erwähnte Erklärung des H., nicht angeben zu können, daß und in welcher Höhe er geschädigt sei. Diese Unterlassung gereicht indes dem Angeklagten He. nicht zur Beschwerde. Denn das Urteil nimmt an, daß „jedenfalls", also dann, wenn die Wertermittelung einen durch den Kauf bewirkten Vermögensnachteil des H. nicht ergeben würde, ein strafbarer Versuch vorliege, und der

Digitized by Google

Urteilsinhalt, wenn er auch den Hergang bei den Verkaufsverhandlungen nicht mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, bietet für diese Annahme eine ausreichende Grundlage, ohne daß ein Rechtsirrtum hierbei zutage tritt. Zur Strafbarkeit des Versuchs in den Fällen, wo das Gesetz ihn unter Strafe stellt, ist erforderlich und ausreichend, daß der Vorsatz alle Tatbestandsmerkmale der vollendeten strafbaren Handlung umfaßt, und die Ausführung der Tat begonnen hat. Diese Erfordernisse konnte das Urteil ohne Rechtsirrtum für erfüllt erachten. He. erklärte sich hiernach bei den Verhandlungen bereit, das Grundstück für 48 000 Mk. zu kaufen. Er legte nach der Annahme des Urteils Gewicht auf die Mietserträge; denn es wird erwähnt, daß er eine „eingehende Rentabilitätsberechnung" aufstellte unter Kapitalisierung der ihm angegebenen Mietzinsen. Er ließ sich im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angabe eines um 200 Mark zu hohen jährlichen Mietsertrages zum Erwerbe des Grundstücks für 48 000 Mark bewegen. Die auf Täuschung abzielende Handlung war hiermit erfolgt und dadurch eine Vermögensverfügung des Getäuschten verursacht worden. Wie ferner festgestellt ist, hat hierbei der Angeklagte He. beabsichtigt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, und durch die Täuschung den Käufer zur Gewährung eines den wahren Wert übersteigenden Preises zu bestimmen, und ihn so, wie das Urteil sich ausdrückt, zu übervorteilen. Wäre diese Absicht erreicht, also die Schädigung des Vermögens des Käufers auf dem Wege bewirkt worden, daß der Wert des Grundstücks hinter dem Kaufpreise von 48 000 Mark zurückblieb, so würde die Annahme eines vollendeten Betruges keinem Bedenken unterliegen. Aber ebenso konnte bei Unterstellung des Nichteintritts dieses Erfolges ohne Rechtsirrtum Betrugsversuch gegen He. festgestellt werden. Er war geleitet von dem Bestreben, einen den Grundstückswert übersteigenden Preis zu erlangen, also einen Vermögensvorteil, auf den er kein Recht hatte. Daneben bedurfte es zur Annahme des Betrugsversuchs nur noch des Nachweises seines Bewußtseins, daß die Täuschung zu einer Beschädigung des Vermögens des H. führen werde, oder auch nur der Vorstellung von der Möglichkeit des Schadenseintritts und der Aufnahme dieses Erfolges in seinen Willen. Dieses Erfordernis findet seinen Ausdruck in der Feststellung der Absicht des Angeklagten, den Käufer zur Gewährung eines den Wert übersteigenden Preises zu bestimmen und ihn so „zu übervorteilen". Die hierauf gegründete Annahme des Betrugsversuchs kann nicht für rechtsirrtümlich erachtet werden. Wenn der Wille des Angeklagten, wie dem Urteilsinhalt zu entnehmen ist, von vornherein auf Erzielung des Preises von 48 000 Mk. gerichtet war und er irrtümlich angenommen hatte, daß dieser Betrag den Wert des Grundstücks übersteige, so sollte der Abschluß des Kaufvertrages nach Willen und Vorstellung des Angeklagten das Mittel bilden, die Vermögensbeschädigung herbeizuführen, und dieses Mittel versagte, weil das Grundstück wertvoller war, als der Angeklagte angenommen hatte. Es greift alsdann der allgemeine Grundsatz ein, daß die Untauglichkeit des angewendeten Mittels die Strafbarkeit des Versuchs nicht ausschließt. Der Satz der Revision, daß, wo sich für den Fall der Vollendung des beabsichtigten Betruges eine Vermögensbeschädigung nicht feststellen lasse, auch ein strafbarer Versuch begrifflich ausgeschlossen sei, findet hierin seine Schranke.

StGB. § 61. StPO. § 394. Über die Rechtzeitigkeit des Strafantrags kann in der Revisionsinstanz Beweiserhebung stattfinden.

II. StrS. U. v. 22. September 1908 g. St. 2 D 362/08.

---

*Warenzeichenschutzgesetz v. 12. Mai 1894. §§ 7 Abs. 2, 13. Der II. Strafsenat hat sich dem Urteil des V. Strafsenats v. 26. Oktober 1906 (Archiv **54**, 74) angeschlossen und gleichfalls angenommen, daß wegen unbefugten Gebrauchs eines für eine Firma eingetragenen Warenzeichens der Inhaber der Firma, auf den das Handelsgeschäft mit dem Geschäftsbetriebe, zu dem das Warenzeichen gehört, nach der Eintragung übergegangen ist, wirksam Strafantrag unter dem Namen der Firma stellen kann, ohne daß es hierzu einer Vermerkung des Übergangs in der Zeichenrolle gemäß § 7 Abs. 2 des Ges. bedarf.*

II. StrS. U. v. 29. September 1908 g. R. 2 D 601/08.

Digitized by Google

StGB. §§ 102 Abs 2, 103 Abs. 2. Der Strafantrag des „Geschäftsträgers“ der auswärtigen Regierung hat nach völkerrechtlichen Grundsätzen als Strafantrag der von ihm vertretenen Regierung zu gelten.

II. StrS. U. v. 27. September 1908 g. B. 2 D 601/08.

Aus den Gründen, nachdem ausgeführt ist, daß gegen den Angeklagten eine Beleidigung des Königs der Hellenen ohne Rechtsirrtum festgestellt sei:

Der Strafantrag vom 30. Januar 1908 ist gültig gestellt. Seine Unterschrift ist als diejenige des Königlich Griechischen Geschäftsträgers vom Auswärtigen Amte beglaubigt. Nicht nur die Echtheit der Unterschrift, sondern auch die Tatsache, daß der Unterzeichner als Königlich Griechischer Geschätsträger bei dem Deutschen Reiche beglaubigt war, ist somit vom Auswärtigen Amte bezeugt. Die Erklärung des Geschäitsträgers hat nach völkerrechtlichen Grundsätzen als solche der von ihm vertretenen Regierung zu gelten, in deren Namen sie abgegeben ist. Es war nicht Aufgabe der Strafkammer, zu untersuchen, ob die Erklärung des Königlich Griechischen Geschätsträgers dem Auftrage seiner Regierung entsprach und aus welchen Gründen der regelmäßige Vertreter der Königlich Griechischen Regierung, der Königlich Griechische Gesandte, den Strafantrag nochmals gestellt hat.

StPO. § 243. Die Ablehnung eines Beweisantrags „über die Glaubwürdigkeit“ einer Belastungszeugin deshalb „weil der Antrag sich nicht auf bestimmte Tatsachen beziehe“, ist jedenfalls dann nicht als ausreichend begründet zu erachten, wenn seitens des Vorsitzenden nicht im Wege des Fragerechts auf die Ergänzung des mangelhaften Antrags hingewirkt wurde.

III. StrS. U. v. 5. Oktober 1908 g. F. 3 D 873/08.

Gründe: Der Beweisantrag auf Ladung und Vernehmung der Zeugin E. über die Glaubwürdigkeit der erst 8jährigen Zeugin F. ist abgelehnt, weil er sich nicht auf bestimmte Tatsachen bezieht. Diese Begründung läßt im Zusammenhange mit dem Schweigen des Sitzungsprotokolls darüber, ob geeignete Vorhalte gemacht wurden, der Annahme Raum, daß von Seite des Vorsitzenden das Fragerecht nicht sachgemäß ausgeübt und nicht auf die Ergänzung des mangelhaften Antrages hingewirkt wurde.

Wenn auch nach Inhalt der Urteilsgründe der Zeugin F. nicht voller Glauben beigemessen wurde, so ist die Möglichkeit doch nicht ausgeschlossen, daß, wenn der F. jeder Glaube hätte abgesprochen werden müssen, die Strafkammer Anstand genommen hätte, einzig und allein aus der Aussage der zwar glaubwürdigen, aber erst neunjährigen Zeugin G. die Überzeugung von der Schuld des Beschwerdeführers zu schöpfen.

Der Beschwerde war daher stattzugeben, ohne daß es eines Eingehens auf die übrigen Beschwerdepunkte bedarf.

StGB. § 65 Abs. 2. Zulässigkeit der Stellung des Strafantrags durch die Mutter als nach § 1685 BGB. zur Ausübung der elterlichen Gewalt Berufenen, weil der Vater infolge Verbüßung einer Zuchthausstrafe an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert war.

II. StrS. U. v. 6. Oktober 1908 g. M. 2 D 625/08.

Aus den Gründen: Die Strafkammer erachtet die Mutter des Mädchens Else B. als nach § 1685 BGB. zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen, weil ihr Ehemann, der Vater des Mädchens, sich seit sechs Jahren im Zuchthause befinde. Hiernach nimmt die Strafkammer ersichtlich an, daß der Vater durch die Strafverbüßung an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert war, als es sich um die Stellung eines Strafantrages handelte. Dies ist nicht zu beanstanden. Der formgerecht gestellte Strafantrag der Mutter der Else B. ist daher gültig (§ 65, Abs. 2 StGB.)

Digitized by Google

B. Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Mitgeteilt vom Rat am Obersten Landesgericht und Univ.-Prof. Dr. Harburger in München.

Zum § 417 StPO. Abs. 2 u. 3. Die Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft hat lediglich die Bedeutung, daß der Staatsanwalt als Hauptkläger an die Stelle des bisherigen Privatklägers tritt: im übrigen wird hierbei das im Laufe befindliche Verfahren von ihm in der Lage übernommen, in der es sich gerade befindet, und ist von da ab ebenso zu verfahren, wie wenn von vornherein die öffentliche Klage erhoben und die Sache gemäß § 75 GVG. von der Strafkammer dem Schöffengerichte überwiesen worden wäre.

Beschluß vom 20. Dezember 1907 (Beschw.-Reg. Nr. 918/07).

In dem Verfahren auf erhobene Privatklage wegen Beleidigung nach § 186 StGB. hatte das Schöffengericht den Angeklagten zu Strafe verurteilt, worauf die Privatklägerin, der Angeklagte und unter Übernahme der Verfolgung der Staatsanwalt, dieser zugunsten des Angeklagten, die Berufung einlegten, — teilweise Abweichungen von dem Gange der Sache im Falle Graf Moltke/Harden, die für die Entscheidung der Hauptfrage gänzlich belanglos sind. Der Staatsanwalt übermittelte die Akten „mit dem Antrage auf Einstellung des in die Berufungsinstanz gerückten Privatklageverfahrens" an die Strafkammer; diese faßte am 6. November 1907 den Beschluß: Das Privatklageverfahren wird unter Aufhebung des in diesem Verfahren am 16. Oktober 1907 vom Schöffengerichte erlassenen Urteils eingestellt. Im Anschlusse hieran leitete der Staatsanwalt ein Ermittelungsverfahren ein, in dessen Verlauf er zwei Amtsgerichte um die Vernehmung von Zeugen ersuchte. Während diese Erhebungen im Gange waren, erhob die „Nebenklägerin" gegen den Beschluß der Strafkammer die Beschwerde, mit dem Antrage, daß nach Aufhebung des Beschlusses der Vorsitzende Termin zur Hauptverhandlung über die Berufungen anberaumen, für den Fall aber, daß die Strafkammer der Beschwerde nicht abhelfen sollte, das Oberste Landesgericht als Beschwerdegericht die in der Sache erforderliche Entscheidung erlassen möge.

Die Strafkammer legte gemäß § 348 Abs. 2 StPO. die Sache dem Strafsenate des Obersten Landesgerichts vor, der sodann am 20. Dezember 1907 den Beschluß der Strafkammer vom 6. November 1907 aufgehoben und diese angewiesen hat, das Berufungsverfahren ordnungsgemäß durchzuführen.

Aus den Gründen: 1. Die Beschwerde ist zulässig, da das Gesetz einen Einstellungsbeschluß von der Art des angefochtenen nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht (§ 346 StPO.), auch der § 347 StPO. nicht im Wege steht, weil in dem Verfahren, das durch den Beschluß vom 6. November 1907 eingestellt worden ist, nach der Einstellung eine Urteilsfällung nicht mehr erfolgen konnte.

2. Darüber, wie in den Fällen des § 417 Abs. 2 u. 3 StPO. das weitere Verfahren sich im einzelnen gestalten und insbesondere ob die Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft auch auf die Zuständigkeitsverhältnisse ändernd einwirken soll, enthalten das GVG. und die StPO keine ausdrückliche Vorschrift, obwohl die Bestimmungen des GVG. über die Zuständigkeit für die auf Antrag zu verfolgenden Beleidigungen insofern eigenartig sind, als § 27 Nr. 3 sie für den Fall, daß die Verfolgung im Wege der Privatklage geschieht, den Schöffengerichten zuteilt, hingegen § 73 Nr. 1 für die übrigen Fälle die Strafkammern als zuständig erklärt, wenn auch nach § 75 Nr. 4 mit dem Abmaße, daß diese die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengericht „überweisen" können. Es ist deshalb für diese vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelten Fragen die Lösung zu suchen, die seinen Absichten am meisten entsprechen dürfte.

Wollte man dies zunächst an der Hand der Bestimmungen der StPO. tun, die zur Ausgleichung von erst im Laufe des Verfahrens zutagetretenden Schwierigkeiten bezüglich der Zuständigkeitsfrage dienen sollen, so haben für den vorliegenden Fall die §§ 270 und 369 Abs. 3 StPO. schon mit Rücksicht auf die Lage des Prozesses zur Zeit des Eingreifens des Staatsanwalts auszuscheiden. Der erstere deshalb, weil das Eingreifen des Staatsanwalts erst nach der Erlassung des schöffengerichtlichen Urteils erfolgt ist. Der letztere um deswillen, weil die Sache überhaupt noch nicht in der Berufungsinstanz zur Verhandlung gekommen ist; es hat darum der entscheidende Senat zur Zeit auch keinen Anlaß zu der Frage Stellung zu nehmen, ob in Fällen von der Art des vorliegenden diese Ge-

setzesbestimmung überhaupt zur Anwendung kommen könne angesichts des Umstandes, daß bei der bereits angeführten eigentümlichen Stellungnahme des Gesetzes bezüglich der Zuständigkeit der Gerichte für die Vergehen der Beleidigung deren Zuweisung an Gerichte verschiedener Ordnung nicht sowohl sachlich nach dem Gegenstande der Anschuldigung, als vielmehr nach der durch die Person des Anklägers bedingten Prozeßform abweichend erfolgt ist (vergl. Entsch. des RG. Bd. 10, S. 238).

Dagegen könnte aus den Ausführungen des Reichsgerichts bei der Entscheidung von dem vorliegenden verwandten Fällen (vergl. Samml. Bd. 10, S. 240, Bd. 29, S. 422, Bd. 36, S. 5) der Schluß gezogen werden, daß für das weitere Verfahren in Fällen von der Art des vorliegenden eine analoge Anwendung des § 429 StPO. für veranlaßt erachtet werde. Dieser Anschauung kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

Schon aus äußeren Gründen: Hätte der Gesetzgeber das Verfahren, das im § 429 für die dort geregelten Fälle vorgeschrieben ist, auch für die in dem vorausgehenden § 417 ins Auge gefaßten Fälle vermeint, so hätte nichts näher gelegen, als die im § 429 getroffenen Anordnungen schon in den § 417 aufzunehmen und in jenem lediglich auf diesen zu verweisen. Statt dessen verordnete er im § 429 die Einstellung des Verfahrens und die Mitteilung der bisherigen Verhandlungen an die Staatsanwaltschaft, „damit demnächst das gewöhnliche, durch die Staatsanwaltschaft zu betreibende Verfahren Platz greift" (Motive zu § 364 des Entw. zur StPO., § 429 des Gesetzes), während er im § 417 für den Fall der nachträglichen Übernahme der Verfolgung einer Beleidigung durch die Staatsanwaltschaft sich auf die Vorschrift beschränkte, daß das weitere Verfahren sich nach den Bestimmungen richtet, die in den §§ 435 ff. für den Anschluß des Verletzten als Nebenkläger gegeben sind.

Dazu kommen aber noch eine Reihe von inneren Verschiedenheiten zwischen den Fällen der zwei bezeichneten Gesetzesstellen: Im § 429 ist der Fall geregelt, daß in der Hauptverhandlung sich herausstellt, es sei eine Straftat von ganz anderer rechtlicher Natur in Frage, und zwar eine solche, die überhaupt nicht mittels Privatklage verfolgt werden kann, sodaß für sie eine andere Art des Verfahrens nach dem Gesetze vorgeschrieben ist. Es handelt sich hierbei also darum, daß „eine tatsächliche Veränderung der strafbaren Handlung und eine hierdurch verursachte Beseitigung der materiellen Voraussetzungen der Privatklage in Gemäßheit des § 414 StPO." eingetreten ist (Entsch. des RG. Bd. 10 S. 239), während der § 417 den Fall trifft, daß „die dem Angeklagten zur Last gelegte Beleidigung nach dem Ergebnisse der Verhandlung m a t e r i e l l absolut unverändert geblieben ist, und nur der öffentliche Ankläger den Privatankläger verdrängt hat" (ebendaselbst).

Dabei ist ferner im Auge zu behalten, daß — und zwar auch noch in der Berufungsinstanz (vgl. von Kries, Lehrb. des Strafprozeßr., S. 668 und 727; Löwe Note 2 b und Stenglein Note 1 zu § 429, ferner Entsch. des RG. Bd. 29 S. 422) — der § 429 beim Vorliegen der dort angegebenen Voraussetzungen anzuwenden ist ohne Rücksicht darauf, ob für die neu zutage getretene strafbare Handlung ein Gericht höherer Ordnung oder ganz das gleiche Gericht zuständig ist, das mit der erstinstanziellen Behandlung der Sache befaßt war, während für die Fälle des § 417 nach der dem angefochtenen Beschlusse zugrunde gelegten Ansicht die analoge Anwendung jenes Verfahrens nur dem Zwecke dienen soll, die Sache vor ein Gericht höherer Ordnung bringen zu können. Diese Verschiedenheit in den Voraussetzungen und in der Nutzanwendung weist mit Notwendigkeit darauf hin, daß der Gesetzgeber im § 429 eine wesentlich andere Absicht verfolgt hat als im § 417; hier liegt aber auch lediglich eine Änderung in der Person des Anklägers vor, die keineswegs unabweislich auch eine Änderung des Gerichts erheischt — kann ja doch auch eine von Anfang an mittels öffentlicher Klage, also vom Staatsanwalt verfolgte Beleidigung auf dessen Antrag nach § 75 Nr. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes ebenfalls dem Schöffengerichte zur Verhandlung und Entscheidung überwiesen werden. In den Fällen des § 429 aber handelt es sich um eine ganz andere Straftat, die ihrem innersten Wesen nach von dem bisherigen Gegenstande des Verfahrens verschieden ist, sodaß eine anderweitige rechtliche und unter Umständen auch noch tatsächliche Untersuchung und Prüfung des Falles erforderlich ist, um, und zwar an der Hand einer ganz anderen strafgesetzlichen Bestimmung wie der, die bisher für anwendbar erachtet wurde, entscheiden zu können, welches Gericht nach den allgemeinen Normen über die Zuständigkeit zur Erledigung der Sache berufen ist.

Digitized by Google

Diese Verschiedenheit bringt es auch mit sich, daß für die Fälle des § 429 es dem Gesetzgeber nicht angängig erschien, „das Privatklageverfahren . . . . in formloser Weise ohne (förmliche) öffentliche Klage und ohne Eröffnung des Hauptverfahrens auf Grund einer solchen in das regelmäßige Strafverfahren überzuleiten" (Entsch. des RG. Bd. 29 S. 424), daß für Fälle dieser Art die Eröffnung des Hauptverfahrens auf erhobene Privatklage keine geeignete Grundlage für das regelmäßige Strafverfahren zu bilden vermag, und zwar einfach deshalb, weil bei ihr die Prüfung der Sache von den neu zutage getretenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten aus noch nicht stattgefunden hat. Hingegen trifft diese Erwägung keineswegs zu für die Fälle des § 417, in denen es sich um die tatsächlich und rechtlich vollkommen gleiche Straftat wie bei der Eröffnung des Hauptverfahrens handelt. Eben darum besteht hier volle Gleichwertigkeit des Eröffnungsbeschlusses auf Privatklage mit einem solchen auf öffentliche Klage, wie denn auch nach § 423 darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder die Klage zurückzuweisen sei, nach Maßgabe der Bestimmungen zu entscheiden ist, die bei einer von der Staatsanwaltschaft unmittelbar erhobenen Anklage Anwendung finden, und ferner nach § 424 das weitere Verfahren — ein Anklang an § 417! — sich nach den Bestimmungen richtet, die für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage gegeben sind, — geradeso wie die Einreichung „der Privatklage, die vom Verletzten erhoben wird", ebenso die Geltendmachung des staatlichen Strafanspruchs (wenn auch durch einen Beteiligten in eigenem Interesse) und ebenso eine Erhebung der „Klage" (= Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung oder Einreichung einer Anklageschrift bei dem erkennenden Gerichte, vgl. die §§ 151—154 und 168 der StPO.) ist wie die öffentliche Klage, „diejenige Klage, welche namens des Staates von den Organen des letzteren erhoben wird" (vgl. die Motive zu den §§ 133—136 des Entwurfs zur StPO., die ohne jegliche Änderung als §§ 151—154 in das Gesetz Aufnahme gefunden haben).

Eben darum konnte der Gesetzgeber für die Fälle des § 417 sich mit der einfachen „Übernahme der Verfolgung" durch den Staatsanwalt begnügen, bei der der Privatkläger nicht aus dem weiteren Verfahren ausscheidet, vielmehr in diesem fernerhin als Nebenkläger im Sinne der §§ 435 ff. behandelt wird (vgl. die Motive zu den §§ 354, 355 des Entwurfs zur StPO., deren Inhalte im wesentlichen jener des § 417 der StPO. entspricht). Müßte nach der „Übernahme der Verfolgung" durch die Staatsanwaltschaft noch eine förmliche öffentliche Klage erhoben werden, so würde diese sachlich keinen anderen Inhalt haben können als die bereits vorliegende Privatklage, während in den Fällen des § 429 der gegebenenfalles zu erhebenden öffentlichen Klage und einem darauf ergehenden Eröffnungsbeschluß ein ganz anderer Tatbestand als der vorher erhobenen Privatklage zugrunde liegt.

Nicht unerheblich ist es ferner, daß der § 429 für das weitere Verfahren keineswegs auf die Bestimmungen über die Nebenklage (§§ 435 ff.) verweist, sondern es der zukünftigen Gestaltung der Dinge überläßt, ob überhaupt der Eintritt eines Nebenklägers in Frage kommen könne; dieser kann dann nur stattfinden, wenn und in dem Zeitpunkt, in dem das neue staatsanwaltschaftliche Verfahren zur Erhebung einer öffentlichen Klage geführt hat. Hingegen rechtfertigt die Verweisung des § 417 für das weitere Verfahren auf die Bestimmungen über die Nebenklage die, auch vom Reichsgerichte (Entsch. Bd. 7 S. 444) geteilte, Annahme, daß durch die Übernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft nach § 417 Abs. 3 „der Beleidigte ohne weiteres bis zur Abgabe einer entgegenstehenden Erklärung (§ 442 der StPO.) die Rechte eines Nebenklägers erlangte". Ist dies aber der Fall, so muß — da logischer Weise eine Nebenklage und ein Nebenkläger ohne das Vorhandensein einer öffentlichen Klage und eines öffentlichen Anklägers undenkbar sind — unausweichlich die „Übernahme der Verfolgung" gleichbedeutend sein mit der Ersetzung der Privatklage durch die öffentliche Klage; es kann eben nicht, „wenn nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernimmt, hierdurch der Verletzte aus seiner Parteistellung herausgedrängt werden, vielmehr muß sein Recht zur Mitwirkung in dem von ihm veranlaßten Verfahren gewahrt bleiben" (Motive zu den §§ 366—374 des Entw. zur StPO. [§§ 435—443 des Gesetzes]).

Alles dieses wäre ausgeschlossen, wenn im Falle des § 417 geradeso zu verfahren wäre wie im Falle des § 429; in letzterem ist nämlich der Staatsanwalt nach der Einstellung des Verfahrens und der Überleitung der Akten an ihn keines-

Digitized by Google

wegs verpflichtet, auch die öffentliche Klage zu erheben, er kann vielmehr gegebenenfalles, wie auch sonst nach dem § 168 Abs. 2 StPO., sein Ermittelungsverfahren wieder einstellen. Für die Fälle des § 417 würde diese Möglichkeit die Folge nach sich ziehen, daß schließlich eine in Frage stehende Beleidigung gänzlich unbestraft bleiben könnte. Die Einstellung des Verfahrens müßte nämlich bei analoger Anwendung des § 429 durch ein Urteil erfolgen, nicht durch einen bloßen Beschluß, wie es die Strafkammer ohne jegliche Begründung dieser Abweichung von dem Gesetze getan hat, obwohl die einzige von der Reichstags-Justizkommission und dem Reichstag an dem Entwurfe zum § 429 StPO. vorgenommenen Änderung gerade die Setzung des Wortes „Urteil" an die Stelle von „Beschluß" gewesen ist. Dieses Urteil würde naturgemäß der Rechtskraft fähig (vgl. Löwe Note 3b und Stenglein Note 2 zu § 429) und in den meisten Fällen auch rechtskräftig sein, ehe der Staatsanwalt sich dahin entschieden hat, die „übernommene Verfolgung" wieder aufzugeben. Infolgedessen würde der Grundsatz ne bis in idem einer Erneuerung der Privatklage im Wege stehen und sonach der Beleidigte des Rechtes der Strafverfolgung beraubt sein (vgl. Entsch. des RG. Bd. 36 S. 8).

Wenn gegenüber dieser nicht wohl erträglichen Konsequenz darauf hingewiesen wird (vgl. Löwe Note 3 und Stenglein Note 2 zu § 429 der StPO.), daß gegen die Einstellungsverfügung des Staatsanwalts noch der durch die §§ 170 ff. der StPO. eröffnete Weg offenstehen würde, so trifft dies keineswegs für alle einschlägigen Fälle, sondern nur dann zu, wenn der frühere Privatkläger zugleich der Verletzte ist, und auch hier nur, wenn man davon absieht, daß die erste Voraussetzung für die Beschreitung jenes Weges fehlt, nämlich ein vorangegangener Antrag des Verletzten an die Staatsanwaltschaft auf Erhebung der öffentlichen Klage und dessen Ablehnung durch die Staatsanwaltschaft; man müßte denn mittels einer sehr nachsichtigen Auslegung der Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft die gleiche Wirkung beimessen, wie einer bloßen Anbringung eines Antrags auf Erhebung der öffentlichen Klage; dann könnte allerdings die Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens in jenem Falle ebenso wie in diesem einen genügenden Anlaß zum „Antrag auf gerichtliche Entscheidung" bilden. Auch diese Betrachtungs- und Behandlungsweise würde übrigens kaum angängig sein, wenn eine Anzeigeerstattung und deren ablehnende Verbescheidung in der Tat der Erhebung der Privatklage bereits vorausgegangen, inzwischen aber natürlich die Präklusivfristen des § 170 StPO. längst abgelaufen wären.

Ist die auf Einstellung lautende Entscheidung als Urteil der Rechtskraft fähig, so kann ihr auch nicht, wie dies in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1901 (Goltdammers Arch. Bd. 48 S. 438) für den damals in Frage stehenden Einstellungsbeschluß wenigstens prinzipiell möglich war, „wesentlich nur eine prozeßleitende Bedeutung" oder mit Dittmann (ebenda Bd. 52 S. 299) lediglich die Eigenschaft einer „kanzleimäßigen" Maßregel zugeschrieben werden. Auch ist dann der in dem bezeichneten Urteil aufgestellte Satz bedenklich, daß die Vorschrift des § 503 Abs. 2 der StPO. in einem nach § 417 Abs. 2 und bezw. § 429 StPO. behandelten Falle nicht Anwendung finden könne—, wie denn auch in der Tat das Reichsgericht am 26. Februar 1897 (Entsch. Bd. 29 S. 425) kein Bedenken getragen hatte, „auf die gebotene Verfahrenseinstellung ohne weiteres zu erkennen und wegen der Kosten, die aus den §§ 499, 503 Abs. 2 StPO. sich ergebende Entscheidung zu treffen". Mit Recht; denn das nach der Einstellung eintretende, auf der neuen Anklage und einem neuen Eröffnungsbeschlusse beruhende Verfahren wäre durchaus selbständig und böte für die Entscheidung von außerhalb seines Bereichs liegenden Fragen keinen Raum (vgl. auch Entsch. des RG. Bd. 36 S. 7).

So drängt alles darauf hin, mit der überwiegenden Zahl der Schriftsteller in der „Übernahme der Verfolgung" nicht einen Anlaß zur Einstellung des bisherigen Privatklageverfahrens sowie zur Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsverfahrens mit möglicher, aber nicht notwendiger Weise darauffolgender Erhebung der öffentlichen Klage, sondern lediglich den Eintritt des Staatsanwalts als Hauptklägers an Stelle des bisherigen Privatklägers zu erblicken, wobei im übrigen das im Laufe befindliche Verfahren von ihm in der Lage übernommen wird, in der es sich eben befindet, mit der Wirkung, daß von da ab ebenso verfahren wird, wie wenn von vornherein die öffentliche Klage erhoben und die Sache von der Strafkammer zur Verhandlung und

Digitized by Google

Entscheidung dem Schöffengerichte überwiesen worden wäre. Gerade einer solchen Auffassung paßt sich auch die Bestimmung an, daß in der Einlegung eines Rechtsmittels die Übernahme der Verfolgung enthalten ist, und ebenso die Möglichkeit für den Staatsanwalt, die Verfolgung zu übernehmen und ein Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten einzulegen zu dem Zwecke, um dessen Freisprechung herbeizuführen, — womit übrigens die Staatsanwaltschaft nur ein durch § 430 Abs. 1 StPO. dem Privatkläger übertragenes Recht ausüben würde (vgl. Puchelt, die StPO. S. 697, Note 5 zu § 417). Bemerkenswert ist auch, daß in den Verhandlungen der „Kommission für die Reform des Strafprozesses" (Bd. 2 S. 58) geltend gemacht wurde, „die Übernahme der Verfolgung erfolge in vielen Fällen nur zu dem Zweck, um eine Freisprechung des Privatbeklagten herbeizuführen".

Hiernach erfolgte die analoge Anwendung des § 429 StPO. auf den vorliegenden Fall zu Unrecht und mußte darum der darauf beruhende Beschluß der Strafkammer vom 6. November 1907 **aufgehoben werden.**

C. Entscheidungen Deutscher Oberlandesgerichte.

Oberlandesgericht Colmar.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Michaëlis in Colmar.

Übertretung des Reichs-Impfgesetzes. Zulässigkeit wiederholter Bestrafung. Endgiltige Entscheidung des Impfarztes nach § 2 Abs. 2.

Urteil des Feriensenates vom 15. Juli 1907 in der Strafsache gegen S. S. 26/07.

Aus den Gründen: Die in der Rechtsprechung vielfach erörterte Frage, ob auf Grund des § 14 Abs. 2 des Reichsimpfgesetzes eine wiederholte Bestrafung wegen fortgesetzter Nicht-Impfung eines und desselben Kindes zulässig sei, ist nach anfänglichem Schwanken und nachdem insbesondere die Oberlandesgerichte Breslau und Frankfurt a. M. von ihrer früheren entgegengesetzten Ansicht zurückgekommen waren, von den damit befaßten Oberlandesgerichten bis in die neueste Zeit übereinstimmend in bejahendem Sinne entschieden worden.

Vergleiche Breslau S. 246/90 vom 24. Oktober 1890 (verneinend) und S. 183/91 vom 26. Juni 1891 (bejahend); Frankfurt a. M. vom 2. Juli 1890 (Goltdammer Archiv Bd. 38 S. 231, verneinend) und vom 13. Mai 1891 (Reger Bd. 11, S. 426, bejahend); ferner bejahend: München 12. März 1886 (Entsch. d. OLG. München Bd. 4 S. 51), 17. Februar 1898 (Entsch. Bd. 5 S. 24, Reger Bd. 9 S. 109), 17. Mai 1894 (Reger Bd. 15, S. 89); Jena 23. Januar 1894 (Reger ebenda); Hamburg 1. Oktober 1891 (Goltd. Arch. Bd. 40 S. 66); Kammergericht 10. Nov. 1892 (Jahrbuch Bd. 12 S. 375); Stuttgart 2. Dezember 1880 (Reger I. S. 190); Badisches Oberlandesgericht 12. Januar 1882 (Reger Bd. 3 S. 190); Dresden 27. August und 17. Dezember 1884 (Reger Bd. 7 S. 463), 28. Septemb. 1891 (Reger Bd. 13 S. 191) und 15. Mai 1906 (Fischers Zeitschrift Bd. 31 S. 200); Darmstadt 18. November 1898 (Reger Bd. 20 S. 161); Braunschweig 18. März 1902 (Deutsche Juristenzeitung Bd. 8 S. 432); Bayerisches Oberstes Landesgericht 26. April 1901 (Entsch. Bd. I. S. 350, Reger Bd. 23 S. 155). —

Dagegen hat neuerdings das von dem Angeklagten in Abschrift vorgelegte Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. November 1906 in der Strafsache gegen Schl.*) mit eingehender Begründung die Zulässigkeit einer solchen wiederholten Bestrafung verneint.

Der in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber den Vorschriften derselben zugrunde liegende Satz: „Ne bis in idem" — vergl. Löwe zu Buch II Abschnitt 1 Bem. 28 a — hat zunächst nur die Bedeutung, daß hinsicht-

*) Abgedruckt im Bd. 54 dieses Archiv, S. 92 ff.

lich einer vom Strafrecht als einheitliches Delikt aufgefaßten Straftat die Strafklage insoweit verbraucht wird, als die Tat zum Gegenstande der Aburteilung gemacht worden ist oder auf Grund der Vorschriften über das Verfahren hätte gemacht werden können, und zwar mit der Wirkung, daß die spätere Aburteilung anderer, neu hervortretender Tätigkeitsakte, welche zeitlich vor der ersten Aburteilung liegen und mit Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit der abgeurteilten Straftat der rechtlichen Selbständigkeit entbehren, ausgeschlossen ist. Vergleiche RG.-Entsch. in Strafsachen Bd. 9 S. 347 ff. Dagegen erstreckt sich der Verbrauch der Strafklage nicht auf ein tatsächliches Geschehen, das nach dem Zeitpunkte der erfolgten Aburteilung liegt und deshalb der früheren Aburteilung gar nicht hätte unterworfen (in iudicium deducirt) werden können. Ein solches Geschehen bildet vielmehr, insofern es den vollen gesetzlichen Tatbestand der Straftat von neuem verwirklicht, eine neue strafbare Handlung, die einer neuen Bestrafung unterliegt. „Mit der Verkündung des Strafurteils beginnt gleichsam ein neues Strafkonto" (v. Schwarze zu § 74 Anm. 6). Ebenso Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I S. 560 Text und Anm. 49; vergleiche auch RG.-Entsch. Bd. 36 S. 43: „Richtig ist, daß die Rechtskraft von Strafurteilen niemals die nach der Urteilsverkündung vorgenommenen Handlungen des Täters umfaßt."

Kann somit aus dem Satze: „Ne bis in idem" die Straflosigkeit eines nach der erfolgten Aburteilung liegenden Geschehens niemals abgeleitet werden, so fragt es sich nur, ob dieses Geschehen sich an sich und ohne Hinzuziehung des bereits Abgeurteilten als eine den Tatbestand eines Deliktes erfüllende Handlung darstellt. Dies wird allgemein angenommen hinsichtlich der nach erfolgter Aburteilung vorgenommenen Einzelhandlungen bei den sogenannten Kollektivdelikten, bei denen die einzelnen Tätigkeitsakte durch das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Gewerbe- oder Gewohnheitsmäßigkeit zu einer Tat zusammengefaßt werden, und ebenso auch bei den fortgesetzten Vergehen, bei welchen mehrere zeitlich auseinanderfallende Tätigkeitsakte, von denen jeder einzelne den Deliktstatbestand erfüllt, wegen ihres durch besondere Umstände, insbesondere die Einheitlichkeit des Entschlusses, bedingten inneren Zusammenhanges als eine einheitliche Tat aufgefaßt werden können. In diesen Fällen besteht Übereinstimmung, daß durch die Aburteilung stets eine Unterbrechung der Einheitlichkeit der Handlung eintritt, insbesondere weil „der Entschluß, trotz der in der Bestrafung liegenden Warnung, dieselben Handlungen weiter zu verüben, an sich ein wesentlich anderer ist, als der vor der Bestrafung liegende ursprüngliche Entschluß." — RG.-Entsch. in Strafs. Bd. 20 S. 318. —

Das gleiche muß aber, was das OLG. Düsseldorf mit Unrecht verneint, auch gelten bei den sogen. „Omissiv-Dauer-Delikten", falls der gesetzwidrige Zustand nach erfolgter Verurteilung von dem Täter in bewußter Weise aufrecht erhalten wird. Die Einheitlichkeit der Handlung ist auch hier, wie bei den positiven Delikten, unterbrochen durch die erfolgte, dem Täter bekannt gewordene Verurteilung; sein weiteres Beharren in dem gesetzwidrigen Unterlassen der nach wie vor gebotenen Handlung beruht auf einem wesentlich anderen, neuen Entschlusse. Warum dasselbe einer Bestrafung entzogen sein sollte, ist nicht einzusehen, auch nicht von demjenigen Standpunkte, welcher die Strafe lediglich als Sühne für begangenes Unrecht und nicht als Zweckstrafe auffaßt. Dadurch, daß sich der infolge des fortgesetzten Unterlassens eingetretene rechtswidrige Zustand äußerlich als ein ohne Unterbrechung fortdauernder darstellt, wird die Tat nicht notwendig für die ganze Dauer des Unterlassens eine einheitliche, wenn der innere Zusammenhang fehlt, ebensowenig wie umgekehrt mehrere zeitlich auseinanderfallende, aber innerlich zusammenhängende Tätigkeitsakte stets mehrere selbständige Taten darstellen. Auch daraus, daß die Verjährung einer einheitlichen Tat solange nicht beginnt, als die Tat noch nicht abgeschlossen ist (RG.-Entsch. Bd. 8 S. 393 ff.) folgt keineswegs, wie das OLG. Düsseldorf annimmt, daß in allen Fällen für die ganze Dauer eines rechtswidrigen Zustandes eine einheitliche Tat angenommen werden müßte.

Die Gründe des reichsgerichtlichen Urteils in Band 3 S. 437 der Entscheidungen in Strafsachen, auf welche das OLG. Düsseldorf sich beruft, könnten allerdings ihrem Wortlaute nach für die gegenteilige Auffassung angeführt werden. Es kommt jedoch inBetracht, daß es sich in dem vom RG. damals entschiedenen Falle um das Vorgehen der unerlaubten Auswanderung (§ 140 Abs. 2 StGB.) handelte, zu dessen Tatbestande das Verlassen des Reichsgebietes in der

Digitized by Google

Absicht, die Zugehörigkeit zum Reiche aufzugeben, also eine positive Handlung, gehört, und das deshalb durch den bloßen weiteren Aufenthalt im Auslande zwar fortgesetzt, aber nicht in seinem ganzen Tatbestande von neuem verwirklicht werden kann. Andrerseits betont das RG. in der Entscheidung Bd. 8 S. 393 ff. ausdrücklich und zutreffend, daß „der positive oder negative Charakter der Handlung für die Einheitlichkeit der Straftat gleichgültig ist." Die Auffassung, daß auch bei Omissivdauerdelikten durch die Aburteilung eine Unterbrechung der Einheit der Tat stattfindet, ist auch durch das Urteil des Preußischen Obertribunals vom 14. Oktober 1874 (Oppenhoff Rechtsprechung Bd. 15 S. 670) vertreten worden, indem dasselbe ausführt, daß zwar die Nichtbestellung der gesetzlichen Kaution für eine kautionspflichtige Zeitung ein sog. Dauervergehen darstellt und deshalb solange, bis sie ein selbständiges Objekt strafrechtlicher Verfolgung und Entscheidung geworden ist, nur als eine einheitliche zusammenhängende Straftat in Betracht kommen kann; daß aber, wenn gegen den Kautionspflichtigen wegen Nichtbestellung der Kaution bereits ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet ist, dessen gesetzwidriges Verhalten mit Verkündung des in diesem Verfahren ergehenden erstinstanzlichen Urteils als selbständige Straftat abgeschlossen erscheint und die fernere Nichtbestellung der Kaution sich, da sie in dem schwebenden Verfahren nicht mehr zur richterlichen Kognition gezogen werden kann, als eine neue, selbständige und deshalb besonders verfolgbare Straftat darstellt. Vergl. in diesem Sinne ferner die Bemerkung des Einsenders zu dem Urteile des OLG. Frankfurt a. M. vom 2. Juli 1890 in Goltd. Archiv Bd. 38 S. 231 Bem. 5 und Bayerisches Oberstes Landesgericht v. 26. 4. 01 (oben angeführt).

In dem Falle des § 14 Abs. 2 des Reichsimpfgesetzes besteht nun aber der gesetzliche Tatbestand darin, daß das Kind ohne gesetzlichen Grund amtlicher Aufforderung ungeachtet der Impfung entzogen geblieben ist. Daß dabei die Verpflichtung zur Impfung eine bis zu ihrer Erfüllung fortdauernde ist, also ein Omissiv-Dauerdelikt vorliegt (vergl. RG.-Entsch. Bd. 8 S. 394 ff.), ergibt sich aus § 4, wonach die ohne gesetzlichen Grund innerhalb der ursprünglichen Frist (§§ 1, 2) unterbliebene Impfung binnen einer von der zuständigen Behörde zu setzenden Frist nachzuholen ist. Sofern sich dieser gesetzliche Tatbestand nach erfolgter Verurteilung von neuem verwirklicht, insbesondere also auch die als Voraussetzung der Strafbarkeit aufgestellte amtliche Aufforderung von neuem ergeht, ist auch eine wiederholte Bestrafung schon nach allgemeinen Grundsätzen für zulässig zu erachten. Es ist daher nicht mit dem OLG. Düsseldorf für die Zulässigkeit einer solchen wiederholten Bestrafung ein ausdrücklicher Ausspruch des Gesetzgebers, daß die Strafe wiederholt erkannt werden könne, zu erfordern. Wenn in § 380 ZPO. ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Strafe gegen einen Zeugen „noch einmal" zu erkennen ist, so soll dadurch nicht sowohl die Zulässigkeit der wiederholten Bestrafung, als vielmehr die Unzulässigkeit einer mehr als zweimaligen Bestrafung hervorgehoben werden. Wenn ferner in dem Bayerischen Polizeistrafgesetzbuche vom 26. Februar 1871 (Art. 63) ausdrücklich bestimmt ist, daß ein gegen die Verpflichtung zur Impfung Widerspenstiger beim ersten Übertretungsfall an Geld bis zu 15 Mark und bei fortgesetzter Säumnis bis zu 45 Mark gestraft werden könne (vergl. Bayerisches Oberstes Landesgericht Urteil vom 26. April 1901), so erklärt sich dies damit, daß das genannte Gesetzbuch für den Wiederholungsfall eine schwerere Strafandrohung geben wollte. Wenn das Reichs-Impfgesetz davon abgesehen hat, so ist daraus nicht zu schließen, daß eine wiederholte Bestrafung unzulässig ist. —

Eine solche wiederholte Bestrafung wäre vielmehr nur dann für unzulässig zu erachten, wenn aus dem Inhalte des Reichsimpfgesetzes selbst, zu dessen Klarstellung auch sein Zweck und seine Entstehungsgeschichte herangezogen werden kann, sich ergeben würde, daß der Gesetzgeber die wiederholte Bestrafung nicht gewollt hat. Dies ist aber keineswegs der Fall. Der Gesetzentwurf der verbündeten Regierungen (Reichstagsverhandlungen 1874 Bd. 3 Aktenstück Nr. 7), der die Überschrift: „Gesetz über den Impfzwang" trug, sah außer den in § 16 des Entwurfs (§ 14 des Gesetzes) angedrohten Strafen in § 15 auch vor, daß die Impfung mittels Zuführung zur Impfstelle solle erzwungen werden können. Diese Bestimmung ist vom Reichstage beseitigt worden. Aus den Verhandlungen ergibt sich, daß dies aus dem Grunde geschah, weil die zwangsweise Vornahme von Impfungen für unangemessen erachtet wurde. Daraus folgt aber in keiner Weise, daß der Gesetzgeber auch auf den indirekten Zwang verzichten wollte, welcher durch Bestrafungen ausgeübt wird, die in

Digitized by Google

dieser Richtung nur wirksam sein können, wenn sie bei Beharren in dem Ungehorsam gegen das Gesetz wiederholt ausgesprochen werden, namentlich mit Rücksicht auf die sehr milde Strafandrohung (Geldstrafe bis zu 50 Mark oder Haft bis zu 3 Tagen). Es läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber bei einem Gesetze, das den praktischen Zweck verfolgte, daß möglichst die gesamte Bevölkerung geimpft werde, die Möglichkeit eröffnen wollte, durch eine Geldstrafe in niedrigem Betrage, welche für die erstmalige Bestrafung der Regel nach allein in Betracht kommt, sich von der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht loszukaufen; vielmehr spricht die wahlweise angedrohte direkte Haftstrafe, welche bei erstmaliger Bestrafung wohl überhaupt nicht zur Anwendung gelangt, dafür, daß an eine strengere Bestrafung bei fortgesetzter Renitenz gedacht worden ist. Dies ergibt sich auch aus den Ausführungen des bei der Gestaltung des Gesetzes in hervorragender Weise beteiligten Abg. Dr. Loewe, der unter Hinweis auf Bayern hervorhebt, daß dort zur Beseitigung des Widerstandes gegen die Impfung mäßige Geldstrafen ausgereicht hätten, die in der Weise normiert würden, daß zuerst eine kleine Strafe, im nächsten Jahre eine etwas größere, im darauffolgenden Jahre eine noch etwas größere und so steigend verhängt werden" (Reichstagsverhandlungen 1874 Bd. 1 S. 104); in derselben Weise dachte er sich also offenbar die Handhabung des Reichsgesetzes, obwohl dasselbe die Bestrafung im Wiederholungsfalle nicht ausdrücklich regelt. Daß auch die Strafen, ebenso wie die Zwangsimpfung, als Zwangsmittel gedacht waren, ergibt ferner die Ausführung desselben Abgeordneten (a. a. O.), daß in Bezug auf den Impfzwang im Gesetze eine doppelte Methode sei: einmal die zwangsweise Vorführung, zweitens die Verhängung von Strafen. Auch der bayerische Bundesratsbevollmächtigte v. Riedel führte aus (a. a. O. S. 103), daß die im Gesetzentwurfe vorgesehenen Strafen „erforderlich seien, um den einmal als richtig und notwendig erkannten Zwang auch durchzuführen." Hierdurch wird die in dem oben angeführten Urteile des OLG. Frankfurt a. M. vom 2. Juli 1890 zum Ausdrucke gelangte Auffassung widerlegt, daß bei der ursprünglichen Fassung des Gesetzentwurfs die verbündeten Regierungen gar kein Interesse daran gehabt hätten, die angedrohten Strafen als Zwangsmittel zu gestalten, da der Entwurf den direkten Zwang zuließ. Nach Wegfall dieses direkten Zwangs mußte allerdings die Bedeutung der Strafen als Zwangsmittel sich noch erheblich steigern und es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß gerade mit Rücksicht auf diese Bedeutung der eine Gesetzgebungsfaktor, die verbündeten Regierungen, dem Gesetze trotz des Wegfalls der Zwangsimpfung zugestimmt haben. Übrigens ist auch bei der dritten Lesung noch (Reichstagsverhandlungen von 1874 Bd. 1 S. 336 ff.) das Gesetz ungeachtet des Wegfalls der Zwangsimpfung als ein tief in die persönliche Freiheit eingreifendes Gesetz, ein Gesetz, das der Zwang „wie ein roter Faden durchziehe", bezeichnet worden (vergl. die Ausführungen der Abgg. Dr. Merkle, Heine) und auch die Äußerung des Abg. Dr. Loewe, auf welche das OLG. Düsseldorf Wert legt, ging nur dahin, daß ein absoluter Zwang nicht mehr bestehe. Unter diesen Umständen kann auch der Änderung des Titels des Gesetzes — welche auf Antrag des Abg. Dr. Loewe erfolgte und von diesem hauptsächlich damit begründet wurde, daß das Gesetz nicht nur den Impfzwang, sondern das ganze Impfwesen ordne (a. a. O. S. 268) — entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden. Ohne Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit der wiederholten Bestrafung ist die auf Antrag des Abg. Prinz Radziwill (a. a. O. S. 264) erfolgte Einfügung der Worte: „und trotz erfolgter amtlicher Aufforderung" in den § 14 Abs. 2 des Gesetzes. Diese Worte enthalten, wie schon der Abg. Loewe (ebenda) bemerkte, etwas selbstverständliches; denn die Notwendigkeit einer solchen Aufforderung als Voraussetzung der Strafbarkeit ergibt sich schon aus § 4 des Gesetzes, wonach die unterbliebene Impfung binnen einer von der zuständigen Behörde zu setzenden Frist nachzuholen ist. Die Einheitlichkeit der Handlung wird aber nicht durch die beliebige Wiederholung einer solchen Aufforderung, sondern nur durch die eintretende Verurteilung unterbrochen; nach einer erfolgten Verurteilung ist dann die Wiederholung der Aufforderung als gesetzliches Tatbestandsmerkmal der neuen Tat erforderlich. Die Ausführung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, der Einfügung dieser Worte in das Gesetz, welche lediglich zum Zwecke der Milderung erfolgte, werde durch die Zulassung der wiederholten Bestrafung die nicht beabsichtigte Wirkung einer „Zwangsmaßregel schärfster Art" beigelegt, trifft deshalb auf die hier vertretene Auffassung nicht zu.

Digitized by Google

Die in erster Linie erhobene Revisionsbeschwerde kann somit für begründet nicht erachtet werden. In zweiter Linie macht die Revision dem Sinne nach geltend, es sei § 2 des Impfgesetzes dadurch verletzt worden, daß nicht genügend festgestellt worden sei, daß die Kinder ohne Gefahr für ihr Leben oder ihre Gesundheit geimpft werden könnten. Diese Rüge erscheint begründet. Das Landgericht führt aus, der Angeklagte, der seine Kinder trotz früherer Bestrafung bis jetzt nicht habe impfen lassen, sei amtlich aufgefordert worden, dieselben im Impftermine vom 7. Juni 1906 dem Impfarzte zur Impfung vorzustellen; er sei nicht erschienen, habe auch kein ärztliches Zeugnis vorgelegt des Inhalts, daß die Impfung seit der früheren Verurteilung aus einem gesetzlichen Grunde unterblieben sei. Durch diese tatsächliche Feststellung sei an und für sich der Tatbestand des § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes in Verbindung mit §§ 4, 2, 10 Abs. 2, 11 daselbst erfüllt und es sei unter diesen Umständen unerheblich, daß nach dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten von Prof. Dr. Fischer die Kinder durch Hauttuberkulose — Lupus — erblich belastet seien und daß aus diesen Gründen von der Impfung abgesehen werden müsse, weil möglicherweise durch den Impfstich wieder Lupus entstehen könnte. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Eine Verpflichtung im Impftermine zu erscheinen, um die Kinder durch den Impfarzt impfen zu lassen, kennt das Gesetz überhaupt nicht; die dahingehende Aufforderung kann daher nur als Fristsetzung zur Nachholung der Impfung im Sinne des § 4 des Gesetzes in Betracht kommen. Zum Tatbestande des § 14 Abs. 2 ist aber weiter erforderlich, daß die Kinder trotz der amtlichen Aufforderung ohne gesetzlichen Grund der Impfung entzogen geblieben sind. Ein gesetzlicher Grund liegt nach § 2 des Gesetzes vor, wenn das Kind „nach ärztlichem Zeugnis ohne Gefahr für sein Leben oder für seine Gesundheit nicht geimpft werden kann". Liegt ein solches ärztliches Zeugnis vor, — dahingestellt kann bleiben, ob dasselbe durch ein in dem Strafverfahren abgegebenes mündliches Gutachten ersetzt werden kann — so ist das Kind für die in dem Zeugnisse angegebene Dauer von der Impfung befreit, sofern nicht gemäß § 2 Abs. 2 „in zweifelhaften Fällen" durch die Entscheidung des Impfarztes, die endgiltig ist, festgestellt wird, daß der die Gefahr begründende Zustand nicht mehr fortbesteht, beziehungsweise, wie im Sinne des Gesetzes ergänzt werden muß (vergl. Stenglein, Nebengesetze 3. Aufl. zu § 2 des Impfgesetzes, Anm. Abs. 2), überhaupt nicht bestanden hat. Der Angeklagte hat sich nun, wie sich aus dem Urteile der Strafkammer ergibt, auch in diesem Strafverfahren auf das im Jahre 1899 von Prof. Fischer ausgestellte ärztliche Zeugnis berufen, das seinem Inhalte nach einen dauernden Befreiungsgrund bildete. Daß dieses Zeugnis vor der früheren Verurteilung liegt, erscheint unerheblich, da das Vorhandensein der zum Tatbestande der strafbaren Handlung erforderlichen Umstände bei jeder Verurteilung von neuem zu prüfen ist. Zu der jetzigen Verurteilung war deshalb die weitere Feststellung erforderlich, daß und aus welchen Gründen dieses Zeugnis eine Befreiung von der Impfpflicht nicht bewirken kann, insbesondere also daß ein „zweifelhafter Fall" vorliegt und dieser durch einen endgiltigen Ausspruch des Impfarztes, sei es vor oder nach der früheren Verurteilung, im Sinne einer Zulässigkeit der Impfung entschieden worden ist. Die Ausführung des Landgerichts, der Impfarzt „könne dem Gutachten des Prof. Fischer nicht ohne weiteres beitreten und es sei ihm niemals seitens des Angeklagten Gelegenheit geboten worden, durch eine selbständige Untersuchung sich zu überzeugen, ob es sich um einen zweifelhaften Fall handle oder nicht, nachdem der Standpunkt Dr. Fischer's in der ärztlichen Wissenschaft keineswegs als der einzig richtige angesehen werde", genügt nicht nur nicht, sondern läßt darauf schließen, daß eine Entscheidung des Impfarztes noch nicht stattgefunden hat. Es bedarf aber einer ausdrücklichen und bestimmten Entscheidung des Impfarztes, durch welche er die Verantwortung für die gesundheitliche Zulässigkeit der Impfung übernimmt. Eine solche muß umso mehr für erforderlich erachtet werden, da das Gesetz gegen die Entscheidung des Impfarztes keinerlei Rechtsmittel gewährt, obwohl dieselbe von schwerwiegenden Folgen für die Gesundheit des impfpflichtigen Kindes sein kann. Dadurch, daß das Landgericht zu einer Verurteilung ohne eine solche ausdrückliche Entscheidung des Impfarztes gelangt ist, hat es den § 14 Abs. 2 in Verbindung mit § 2 des Impfgesetzes verletzt. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und gemäß § 394 Abs. 2 StPO. die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Digitized by Google

Abusiver Gerichtsgebrauch oder monströses Gewohnheitsrecht?

Von Dr. Coulin in Berlin.

Einer meiner süddeutschen Bekannten teilt mir folgenden interessanten Fall aus der Praxis mit: Anläßlich eines Schadensersatzprozesses, in welchem u. a. auch die mangelhafte Naturalrestitution eines Gartenzaunes mit Recht gerügt wurde, fand die Einnahme eines Augenscheines statt; in diesem Termin erklärte der Beschädigte: „Diese Latten sind nicht die ursprünglichen; der Beklagte hat sie vielmehr aus der ganzen Gegend zusammengetragen." Der Beschädiger repliziert: „Sie sind ein gemeiner Lügner!" und wiederholt diese Äußerung ohne in eine Ordnungsstrafe genommen zu werden.

Der Beschädigte erhebt deshalb Privatklage aus §§ 185, 200 RStGB. Das Amtsgericht setzt den in diesem Oberlandesgerichtsbezirk üblichen zweiten Sühnetermin vor dem Amtsrichter an; in dem Termin erklärt der Amtsrichter dem Privatkläger, es liege in diesem Falle eine Beleidigung nicht vor; falls ein Vergleich nicht zustande komme, werde er einen Beschluß auf Nichteröffnung des Hauptverfahrens erlassen, eine Beschwerde gegen diesen Beschluß werde zwecklos sein. Der Privatkläger nimmt infolgedessen die Privatklage zurück.

Eine Umfrage bei einer Reihe von Praktikern dieses Bundesstaats hat ergeben, daß eine konstante Praxis in dieser Hinsicht vorliegt, daß es aber auch die Laien als ihr gutes Recht betrachten, sich in Gerichtsverhandlungen, insbesondere aber in gerichtlichen Sühneterminen, Liebenswürdigkeiten zu sagen, die außerhalb der Gerichtsverhandlung nicht straflos bleiben könnten.

Offenbar liegt in derartigen Fällen eine Handlung vor, die durch die Vorschriften des vierzehnten Abschnitts des zweiten Teils des Reichsstrafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist. Der negative Tatumstand im Sinne des § 193 RStGB. bleibt wegen der Form der Äußerung außer Betracht. Auch die übrigen negativen Tatumstände des Reichsstrafgesetzbuchs liegen nicht vor, wie überhaupt ein Rechtsgrund, und nur auf einen solchen stellt die Praxis nach dem vorliegenden Tatbestand ab, für den Beschluß auf Nichteröffnung des Hauptverfahrens dem geltenden Gesetzesrecht nicht zu entnehmen ist. Trotzdem erklärt eine konstante Rechtsprechung derartige Fälle für straflos; da sich dieselbe auf Gesetzesrecht nicht stützen kann, kann sie sich nur auf Gewohnheitsrecht oder rechtsbegründenden Gerichtsgebrauch berufen. Sowohl nach der herrschenden Lehre als nach der v. Liszt'schen Ansicht handelt es sich hier um eine „Materie", die im Reichsstrafgesetzbuch ihre Regelung gefunden hat. Hätte diese Gewohnheit schon vor dem 1. Januar 1872 bestanden, dann wäre sie durch den § 2 EG. RStGB. außer Kraft gesetzt worden. Hat sie sich aber erst nach diesem Zeitpunkt gebildet, so steht ihr, ganz abgesehen von dem Mangel der Rationabilität, trotz der scharf ausgeprägten opinio necessitatis, die sich als eine aus der milden Handhabung der dispositiven Vorschrift des § 179 GVG. resultierender Irrtum charakterisiert und als solcher den Willen eine bindende Regel zu verwirklichen nicht dokumentieren kann, als partikulärer Gewohnheit Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 4 Ziffer 13 der Reichsverfassung entgegen. Liegt sonach hier Gewohnheitsrecht nicht vor, so liegt auch kein rechtsbegründender Gerichtsgebrauch, für den alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechts zutreffen müßten, vor. Es erweist sich hiernach diese Praxis als ein abusiver, irrationabler, partikulärer Gerichtsgebrauch, der in den konkreten Fällen allerdings subjektives Recht erzeugt, aber nach Lage der Gesetzgebung mit einem Rechtsmittel kaum erfolgreich angegriffen werden kann.

*) In Sühneterminen gilt die auf langjähriger seelischer Erfahrung beruhende Übung, die Parteien sich tüchtig ausschimpfen zu lassen, was die Gemüter erleichtert und sie zur Versöhnung empfänglicher macht. Bei diesem Sachverhalt wird § 193 StGB. dahin ausgelegt, daß für die beleidigende „Form der Äußerung" ein anderer Maßstab angelegt wird, als sonst. Eine solche Auslegung liegt doch wohl nicht außerhalb, sondern innerhalb des Gesetzes. Im übrigen ist die Anregung äußerst dankenswert. Kohler.

Literatur.

Besprechungen von Josef Kohler.

(Fortsetzung zu S. 256.)

Dr. Philipsborn, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen, (Berlin 1906), ist ein Versuch, die verschiedenen Verbrechen Kategorien zu fassen, der wenig gelungen ist. Am schätzenswertesten sind die rechtsgeschichtlichen Ausführungen.

F. Roterich, Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1900, (Berlin 1908). Das preußische Feldpolizeigesetz hat eine sehr große nicht nur positive, sondern auch negative Bedeutung, insofern es die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs einengt und Dinge wie das Abpflücken einer Blume und derartiges in einer den Lebensverhältnissen und der Volksanschauung entsprechenden vernünftigen Weise ahndet. (Vgl. §§ 18—21.) Eine gute Erläuterung bietet der Verfasser.

2. Rechtsgang.

Zu den Darstellungen aus dem englischen Rechte kommt hinzu die schätzenswerte Schrift von **Liepmann** und **Mannhardt,** Summarisches Strafverfahren in England und Strafgefahren in Schottland, (Berlin 1908), welche das englische und schottische Recht bis in die neuere Zeit verfolgen und über das Verfahren bei den Polizeigerichten sehr wichtige Auskünfte geben. Die Schrift ist namentlich durch ihre statistischen Mitteilungen und die Art, wie die Praxis herangezogen wird, sehr schätzenswert. Der Anklageprozeß ist in England nur deshalb durchführbar geblieben, weil sich dort eine Reihe von Instituten und Vereinen aufgetan hat, welche sich die Verfolgung von Vergehungen zur besonderen Aufgabe gemacht haben. Die Schöpfung des „Public prosecutor von 1879" (und 1884) hat die Sachlage nicht wesentlich geändert; denn die Zahl der auf sein Betreiben verfolgten Vergehungen ist eine verhältnismäßig geringe. Sehr interessant sind die Mitteilungen über die Art, wie die Evidence Act 1898, welche dem Angeklagten das Recht gibt, eine eidliche Aussage zu machen, jenseits des Kanals beurteilt wird. Diese Beurteilung ist eine vielfach ungünstige. Man glaubt, daß oftmals der Zweck des Gesetzes, die Unschuld zu schützen, wenig erfüllt wird, indem in manchen Fällen, wo der Angeklagte sonst wegen Mangel der Beweise freigesprochen würde, eine Verurteilung ergeht, weil er es nicht über sich bringt, sich eidlich zu rechtfertigen. Der Hauptunterschied von unserem Verfahren besteht darin, daß man dort keinen Untersuchungsrichter und keine Voruntersuchung in unserem Sinne hat, und ferner die außerordentlich liberale Durchführung des Grundsatzes, daß der Beschuldigte nicht als Mittel gegen sich selber verwendt werden soll. So wird insbesondere auch im schottischen Verfahren eindringlich hervorgehoben, daß kein Beschuldigter durch Belohnung oder Versprechung zur Aussage veranlaßt werden darf.

Aus einer anderen Schrift von **Feisenberger** und **Rosenberg,** Reform der Untersuchungshaft, und französische Reformbestrebungen auf dem Gebiet der Untersuchungshaft (Berlin 1908), hebe ich insbesondere die Nachweise über die Untersuchungshaft in Frankreich hervor. Ist schon bei uns die Freiheit des Bürgers dadurch sehr stark gefährdet, daß gegen die Untersuchungshaft nicht die nötigen Kautelen gegeben sind, so ist dies noch mehr in Frankreich der Fall, wo fast ein Drittel aller Beschuldigten in Untersuchungshaft genommen werden; diese Mißstände werden in Frankreich selber ganz vorbehaltlos zugestanden.

In einer weiteren Schrift gibt **Kleinfeller,** Reform des Schwurgerichts (Berlin 1908), Bericht über die Beschlüsse, die in einer Kommission über die Änderung des Schwurgerichtsverfahrens gefaßt worden sind. Hervorzuheben ist der Vorschlag, daß auf Verlangen der Geschworenen eine Beweiserhebung stattfinden müsse. Dem ist zuzustimmen; denn die Geschworenen,

Digitized by Google

welche urteilen sollen, haben auch dafür zu sorgen, daß ihnen die nötigen Mittel der Urteilsbildung geboten werden. Ferner ist der Vorschlag bemerkenswert, daß das Gericht in einzelnen Punkten zugunsten eines Angeklagten entscheiden könne entgegen dem Wahrspruch der Geschworenen, und endlich der Vorschlag, daß auf Antrag oder von Amts wegen Teile der Rechtsbelehrung protokollarisch festzustellen seien und daß der Wahrspruch der Geschworenen je nach Umständen wegen unrichtiger Rechtsbelehrung angegriffen werden könne.

In der Schrift „Die Hau-Prozesse und ihre Lehren" (Berlin 1908) gibt **Sello** eine Studie über den ganzen Prozeß: über die Fragen im einzelnen wie über die allgemeinen Lehren, die daraus etwa zu schöpfen sind. Die Schrift zeigt den bewährten Praktiker und wird auch von demjenigen mit Eifer gelesen werden, der, wie ich, nicht in der gleichen Weise an die Schuld Haus glaubt. Hier ist so viel rätselhaftes und nach jeder Seite so viel wahrscheinliches und unwahrscheinliches, daß ich meine rückhaltende Stellung beibehalten muß; insbesondere was die Zeit- und Raumverhältnisse betrifft, gibt die Schuldigsprechung zu manchen Bedenken Anlaß. Am wenigsten kann ich mich der Begründung anschließen, welche darauf bauen will, daß man keinen anderen kennt, der die Tat begangen haben könnte. Das ist ein sehr bedenklicher Schluß, da in dieser Beziehung die allermerkwürdigsten Dinge vorgekommen sind; und wenn sich in jenen Tagen kein Irrsinniger herumschlich, dem man die Tat zuschreiben konnte, so ist doch eine derartige Möglichkeit nicht abzuleugnen und die Persönlichkeit Haus selbst ist so sonderlich und psychologisch rätselhaft, daß aus ihrem Verhalten kaum Schlüsse gezogen werden können. Treffend ist die Bemerkung, daß bei der strafrechtlichen Beurteilung die Seelenlehre eine Hauptrolle spielt und die tiefste Erforschung der Seele uns allein einen Wegweiser geben kann bei der verwickelten und verworrenen Handlungsweise, die so oft das Verbrechertum aufweist. Daß aber ein so erfahrener Seelenkundiger, wie Aschaffenburg, an die Unschuld Haus glaubt, ist von jeher eine Stütze meiner Meinung gewesen.

Ich habe seinerzeit im „Tag" meinen Zweifeln an der Richtigkeit des Urteils Ausdruck gegeben und dies auch meinem langjährigen Bekannten, dem Minister von Dusch in Karlsruhe, mitgeteilt. Es war mir eine große Genugtuung, als die Todesstrafe nicht zum Vollzug kam.

Das vorzügliche Werk von **Dr. A. Cramer**, Gerichtliche Psychiatrie, (Jena 1908), erscheint in der vierten Auflage und ist auch hier wieder ein vorzüglicher Leitfaden für den Juristen, der ohne psychiatrische Kenntnisse niemals Strafrichter sein sollte. Ich verweise beispielsweise auf die ausführlichen Darstellungen über Epilepsie und die damit verbundenen ethischen Mängel, namentlich in bezug auf die Zeugnisfähigkeit; denn die pathologische Lüge in Verbindung mit der unfreiwilligen Störung des Eindrucksbildes machen das Zeugnis des Epileptikers überaus gefährlich. Dann kommen die epileptischen Dämmerzustände, die entweder mit den bekannten epileptischen Erscheinungen verbunden sind oder an ihre Stelle treten als epileptische Äquivalente: die vielen tausend Gewalttätigkeiten, die in diesem Zustande begangen wurden, sind ein ständiger Vorwurf der Menschheit gegen den Staat, welcher einerseits die Menschheit nicht gegen diese furchtbaren Gefahren schützte, auf der anderen Seite hundert und tausendfach derartige Personen ungerecht verurteilt hat, die in unbewußtem Dämmerzustande gehandelt hatten. Ebenso wird der Exhibitionismus, vor allem aber die hysterische Seelenstörung und die damit verbundene pathologische Treulosigkeit des Gedächtnisses und der Aussage zur Darstellung gebracht. Auch die traumatischen Erkrankungen sowie der Alkoholismus und die damit verbundenen paranoiischen Erscheinungen werden gründlich behandelt.

Druck von Paul Dünnhaupt, Cöthen (Anhalt).

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 555 530